

UNIVERSITE DE PARIS. — FACULTE DE DROIT

LA REVISION

DU

Code Civil Autrichien

(1^{er} JANVIER 1917)

PAR

Marcel De GALLAIX

Docteur en Droit (Faculté de Gand)
Master of Laws (Columbia Law School)

THÈSE POUR LE DOCTORAT (SCIENCES JURIDIQUES)
présentée et soutenue le 22 mai 1925 à 4 heures 1/2

Président : M. R. DEMOGUE.

Professeurs : MM. LÉVY-ULLMANN.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE.

PARIS

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1925

A Monsieur le Professeur

CHARLES DE VISSCHER

Doyen de la Faculté de Droit à l'Université de Gand

LA REVISION

DU

Code Civil Autrichien

(1^{er} JANVIER 1917)

PAR

Marcel De GALLAIX

Docteur en Droit (Faculté de Gand)

Master of Laws (Columbia Law School)

THÈSE POUR LE DOCTORAT (SCIENCES JURIDIQUES)

présentée et soutenue le 22 mai 1925 à 4 heures 1/2

Président : M. R. DEMOGUE.

Professeurs : MM. LÉVY-ULLMANN.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1925

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.*





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551608_0066

INTRODUCTION

I. — LE DROIT AUTRICHIEN AVANT LA CODIFICATION

Avant la réception du droit romain (XIII^e et XIV^e siècles), les territoires qui ont depuis constitué l'Autriche de 1914 présentaient une variété de législations où dominait l'élément germanique. De même que jadis la loi bavaroise, le Miroir de Souabe était à cette époque la source où l'on puisait communément. Dans le Vorarlberg perçait une influence alémanique, tandis que dans le Tyrol du sud apparaissaient quelques traces de droit lombard. Le droit urbain, en particulier celui de Vienne, était fort développé. Si l'on se tourne vers les Marches, l'on découvre sans surprise que les régions côtières et la Dalmatie subissaient fortement le prestige du droit romain, alors qu'au nord, en Bohême, Moravie, Silésie, et Pologne, le droit slave l'emportait. Toutefois, dans ces derniers territoires, le droit urbain était nettement germanique et son influence était croissante.

L'idée qu'il convenait d'avoir dans toute l'étendue de l'Empire romain de Nation germanique un droit subsidiaire uniforme, qui fût le droit de l'Empereur romain, se fit jour assez tôt. L'autorité du Miroir de Souabe étant trop chancelante pour remplir ce rôle, les jurisconsultes furent attirés par Bologne et l'éclat de son école de droit romain ; et dès la fin du quinzième siècle se juxtaposa, puis se substitua aux confuses législations germaniques le système du droit ro-

main, tel que l'enseignaient les juristes italiens. En réaction contre cette invasion, on entreprit presque aussitôt la rédaction des coutumes. Ne pouvant échapper aux tendances nouvelles des cours de justice, que soutenaient les princes, les coutumes durent souvent accueillir des dispositions que leur dictaient les institutions romaines. Elles furent tantôt mises en vigueur, tantôt elles demeurèrent à l'état de simples projets, dont la pratique parfois et la législation postérieure s'inspirèrent. Cette rédaction, souci sans cesse renouvelé des juristes et des souverains, se poursuivit pendant trois siècles dans les diverses provinces autrichiennes et son histoire est trop enchevêtrée pour que nous songions même à l'esquisser (1).

II. — LA CODIFICATION

C'est au milieu du XVIII^e siècle que se posa nettement et pour la première fois la question d'une codification générale du droit civil. Une lettre de cabinet de Marie-Thérèse, en date du 1^{er} mai 1749, avait créé à Vienne pour l'ensemble des pays bohèmes et autrichiens une autorité supérieure, qui fut à la fois Cour suprême et Ministère de la Justice. On voulut que cette autorité eut à appliquer un droit uniforme. Ce désir fut assez vif pour provoquer en 1753 la création d'une commission de compilation, que présidait Azzoni, professeur à l'Université de Prague, avec mission non de créer un système juridique à base de droit naturel, mais de compiler les coutumes existantes et d'en combler les lacunes « à l'aide de la saine raison ». Le projet

(1) System des Oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, de J. Krainz, révisé par A. Ehrenzweig (vol. 1).

Introduction au code civil de l'empire d'Autriche, traduit par A. De Clercq, 1836.

présenté en 1766 (Codex Theresianus) était d'une telle prolixité que jamais il ne put arracher l'approbation du Conseil d'Etat ; il comptait 7377 articles. En 1772 la commission reçut l'ordre de remanier le travail primitif et de le simplifier en usant toujours de l'expression concise, en supprimant les détails inutiles (*casus rariores*) et les obscurités, en s'inspirant plus de l'équité naturelle que du droit romain. Ces sages conseils furent suivis dans tous les travaux ultérieurs.

Sous l'impulsion du jeune conseiller d'Etat Horten, les progrès furent d'abord rapides ; puis ils cessèrent : des antagonismes avaient surgi au sein même de la commission, que des courants politiques contradictoires n'aidèrent pas à apaiser. Il fallut l'avènement de Joseph II (1780) pour donner un nouvel élan aux travaux de la commission. L'effort de ce prince vers la centralisation, son esprit libéral et égalitaire ont profondément marqué la vie juridique au cours des dix années de son règne. Dès 1786, sans même attendre l'achèvement des autres parties, la première partie du code relative aux sources du droit, aux droits des personnes, au droit de famille, fut promulguée : elle proclamait l'égalité devant la loi et la liberté de l'individu (Code Joséphin). La commission ayant été maladroitement chargée de travaux étrangers à la codification, celle-ci s'en trouva retardée et la mort de Joseph II survint avant que l'œuvre entreprise fut achevée.

Dès son accession au trône, Léopold II réagit vivement contre les idées de son frère. Toutefois, après une période de confusion, la tradition unificatrice finit par l'emporter. La commission reprit ses travaux sous la présidence de Martini, professeur de droit naturel et d'institutions du droit romain à l'Université de Vienne, avec mission de reviser l'ensemble du code Joséphin. Cette revision révèle nettement l'admiration que provoquait à ce moment le Landrecht prussien, récemment promulgué. En 1796, sous François II, un projet complet fut présenté et — tentative intéressante

de législation expérimentale — fut mis en vigueur seulement dans les territoires de la Galicie occidentale (13 février 1797) et orientale (8 septembre 1797). Au bout de quelques années, l'expérience ayant donné lieu à des observations diverses, on créa une commission nouvelle, dont le dernier président fut Zeiller, successeur de Martini à l'Université de Vienne. Les travaux de cette commission se prolongèrent pendant dix années (de 1801 à 1811). De sorte que ce ne fut que le premier juillet 1811 que l'on publia le projet définitif, qui avait préalablement obtenu l'approbation impériale (2).

III. — LES ÉLÉMENTS DU CODE DE 1811

Le plan de ce code est simple ; une courte introduction, traitant des lois civiles en général (art. 1 à 4) en ouvre les dispositions, qui se divisent ensuite en 3 parties.

La première comprend le droit relatif aux personnes.

La deuxième, le droit relatif aux choses. Il y est traité d'abord des choses et de leur division ; puis, en deux sections, des droits réels et des droits des personnes sur les choses.

La troisième partie contient les dispositions communes aux droits relatifs aux personnes et aux choses.

Au premier examen, ce monument législatif apparaît de style composite. L'ossature en est incontestablement romaine. La matière que l'on y a coulée est une synthèse des anciens droits bohème et autrichien, teintée de Landrecht prussien. Quant à l'esprit qui

(2) « Le code civil général autrichien » par Emmanuel Tilsch, dans la Revue de Droit International et de Législation comparée, 1911, p. 113.

l'âme, il est rationaliste et philosophique, à la manière du XVIII^e siècle.

Bien que l'on usât très généralement du droit romain comme droit subsidiaire, les juristes de l'époque ne lui étaient pas favorables. On lui reprochait subtilité, traditionalisme et formalisme, antithèse de l'équité naturelle. Mais on ne put s'affranchir de ses notions fondamentales, que l'on retrouve dans les institutions de l'adoption et de la curatelle ; le droit de propriété individuelle, illimité en principe ; la différence précise entre les effets juridiques in rem et ceux in personam ; les notions générales du droit des obligations ; certains points du droit successoral ; le régime dotal.

L'apport des anciens droits bohême et autrichien se révèle dans l'institution des livres fonciers ; la protection de l'acquéreur de bonne foi dans une licitation publique (Hand wahre Hand) ; l'ingérence des autorités judiciaires en de très nombreuses matières ; enfin la plupart des conventions maritales.

Quant aux codifications contemporaines, seul le Landrecht prussien eut une influence marquée. Le code Napoléon n'en eût aucune, car dès 1776 le code autrichien était composé dans ses parties essentielles et les innovations postérieures furent le résultat des réflexions philosophiques de Zeiller, ou d'un souci de simplification, ou de l'application stricte d'un système. Mais la caractéristique la plus frappante du code autrichien est sans contredit l'empreinte du XVIII^e siècle. On voit clairement la source où l'on a puisé à pleines mains : concept d'un droit idéal, d'une équité naturelle, goût des idées simples et générales, appels à la saine raison. Ce sont là propos familiers aux esprits cultivés du siècle. Au demeurant, Martini et Zeiller n'étaient-ils pas l'un et l'autre professeurs de droit naturel ? Et ceci explique la reconnaissance du droit naturel objectif comme source du droit, et des droits naturels subjectifs comme attributs de l'homme (art. 7, 16, 17) ; l'affirmation répétée d'une liberté que l'on

voulait totale, « innée » et qui empêchait que l'on distinguât entre les citoyens de l'Etat et les étrangers, entre les états sociaux, entre les sexes et entre les confessions ; la lutte contre les subtilités, les inconséquences, les demi-mesures d'origine historique ; l'élaboration d'un système de succession ab intestat d'une précision mathématique, d'une symétrie complète et parfaitement artificiel ; l'adoption de solutions simples et rectilignes, que l'on adoucît par un choix d'exceptions, suggérées par l'équité naturelle par les égards dûs au commerce honnête ou par les circonstances ; l'emploi de formules abstraites pour dominer les matières ; et, en cas de lacune, la règle que le juge doit user de l'analogie, et à défaut d'elle, recourir, non au droit coutumier ou à la décision du souverain, mais à des règles plus générales, aux principes juridiques naturels.

IV. — LE DROIT CIVIL AU COURS DU DIX-NEUVIÈME SIÈCLE

Le code était entré en vigueur au premier janvier 1812 ; il s'appliqua de 1814 à 1820 aux pays que le traité de Paris faisait autrichiens. En 1852 et 1853 il fut introduit, avec quelques ordonnances supplémentaires, en Galicie occidentale, en Hongrie, Transylvanie, Croatie-Slavonie, Serbie, enfin dans le Banat de Temesvar. En 1861, le code fut abrogé pour la Hongrie proprement dite, quelques dispositions seules étant maintenues en vigueur.

L'apparition du code avait laissé subsister les branches spéciales du droit privé : droit militaire, droit commercial, droit du change, droit minier. Mais ces restrictions faites, le code visait à couvrir l'ensemble du droit civil et à énoncer des règles, qui fussent durables et indépendantes des courants politiques du temps.

Ce but ne fut pas complètement atteint. Les tendances politiques et économiques de l'époque ont clairement marqué le développement du droit civil au cours du dix neuvième siècle. Ce siècle a vu l'apparition en Autriche du régime parlementaire ; et le suffrage universel donna à la masse de la population et à ceux qui savaient se servir d'elle une influence à laquelle les législatures ne surent pas toujours se soustraire.

D'autre part le développement des moyens de communication, non seulement posa de nouveaux problèmes juridiques, mais par la révolution qu'il apporta dans l'industrie et le commerce orienta vers des voies imprévues l'évolution du droit. L'employeur d'un côté et de l'autre le travailleur apportèrent des méthodes différentes et une égale détermination dans la défense de leurs intérêts. Enfin la condition du paysan se transforma également avec la disparition des droits seigneuriaux. De sorte qu'il n'est que peu de matières que la législation n'ait pas modifiées au cours du dix neuvième siècle. Et l'on a pu dire que le code de 1811 se dressait comme le monument d'une époque depuis longtemps disparue dans un décor entièrement renouvelé.

L'on peut distinguer trois périodes dans cette évolution du droit civil :

Une première période assez terne, que l'on pourrait appeler période de l'absolutisme conservatif (1811-1859) où le pouvoir de police domina et où l'on craignait de porter atteinte à l'autorité du code en y introduisant des modifications ; puis une période de libéralisme (1859-1879), caractérisée par le développement de la bourgeoisie riche, des manufacturiers, de la haute finance ; enfin, depuis 1879, la période de protection sociale, qui se prolonge jusqu'à nos jours. Le mouvement social apparut en Autriche, comme dans d'autres pays d'Europe, avec le même souci de protection des faibles au nom d'une fraternité idéale. Des lois multiples furent votées dans ce sens, ayant trait

aux immeubles, aux affaires agraires, au commerce et à l'industrie, au crédit, aux assurances sociales et au droit civil.

En dehors du mouvement législatif, l'action de la jurisprudence fut considérable au cours du siècle. Usant du pouvoir d'interprétation qui lui était conféré, la Cour Suprême développa à côté du droit codifié un droit jurisprudentiel indépendant, revêtu en fait du caractère obligatoire de la loi. Il ne lui en manquait que la forme. La connaissance des principes établis par la Cour était aussi nécessaire que celle du code et des lois. Les conséquences de leur ignorance étaient les mêmes. Cette dualité des sources du droit devait rendre désirable un rajeunissement sous forme législative des textes du droit civil, bien que l'on reconnût que cette forme ne fût pas au-dessus de toute critique.

V. — LA REVISION DU CODE DE 1811

Le mouvement législatif du dix-neuvième siècle n'avait pas entraîné de changements dans le texte même du code. Les lois nouvelles apportaient des additions plus que des abrogations. Et l'on avait jusqu'en 1914 soigneusement évité de remplacer dans le corps du code les articles modifiés par d'autres textes ou d'y ajouter des alinéas nouveaux.

A la fin du dix-neuvième siècle, il était devenu évident que l'on ne pourrait indéfiniment se tirer de difficulté en légiférant en dehors du code lui-même ; que l'interprétation de plus en plus pénible et imprévue des dispositions légales était pleine de dangers. Et Joseph Unger exprima le sentiment de tous les juristes lorsqu'il posa publiquement la question de la revision, en 1904, par sa « *Legislativ politische Studie* », parue dans le « *Grünhut Zeitschrift* » XXXI (3).

(3) Das österreichische A.B.G.B. nach den Teilnovellen », par J. von Schey dans *Deutsche Juristen Zeitung*, 1917, n^{os} 1-2.

Ce n'était pas une refonte totale du Code qu'il suggérait, mais la modification de dispositions positives déterminées (une mosaïque de corrections, disait-il) qui ne pouvait être obtenue par de simples méthodes d'interprétation, si élastiques fussent-elles. Ce programme fut aussitôt accueilli par le gouvernement von Körber, dont Franz Klein était le ministre de la Justice. Et dès le mois de mai 1904, on nommait une commission, sous la présidence de J. Unger, chargée de la préparation d'un projet de revision. En mai 1907, cette commission présenta le résultat de ses travaux au ministre de la Justice, et, après de nouvelles délibérations, en décembre 1907, le gouvernement déposa sur le bureau de la Chambre des Seigneurs un « projet de loi tendant à modifier et à compléter certaines dispositions du code civil, accompagné d'éclaircissements et d'observations » (N° 29 der Beilagen der XVIII Session).

La commission permanente de justice de la Chambre des Seigneurs nomma une sous-commission de cinq membres, qui soumit le projet gouvernemental à une étude approfondie, dont le résultat fut un « projet de la sous-commission » publié en 1909. Après une deuxième lecture, où l'on tint compte des critiques qui avaient été faites, vint un deuxième projet que la commission permanente soumit à l'approbation de la Chambre des Seigneurs, en 1912, accompagné de « motifs » remarquables, œuvre de M. Josef von Schey, qui avait pris la direction des travaux après la mort de Unger. Ce projet dépassait largement le programme tracé par Unger en 1904. Il pouvait difficilement en être autrement, car à peine le travail de revision était-il commencé que des vœux de réforme émanant de tous les groupes intéressés furent adressés en abondance, vœux que l'on ne pouvait *a priori* écarter. De plus, il aurait paru critiquable, puisque la revision était entreprise de ne pas profiter de cette circonstance pour apporter de nombreux améliorations de détail, qui par elles seules

n'auraient pu justifier une revision. Le projet présenté fut adopté par la Chambre des Seigneurs, à la séance du 19 décembre 1912, sans autre modification que celle apportée à l'article 159. Malheureusement la discussion du projet devant la Chambre des Députés se prolongea tellement que la session prit fin avant qu'elle ait pu aboutir.

Les choses étaient restées en cet état, au moment de la déclaration de guerre. Sous la pression des événements, la nécessité se fit sentir de mettre en vigueur les dispositions nouvelles relatives au droit des personnes et au droit de famille, que la Chambre des Seigneurs avait déjà adoptées. Cette mise en vigueur se fit par une ordonnance impériale du 12 octobre 1914, procédé qu'autorise dans les cas d'urgence l'article 14 de la loi fondamentale de l'Etat. Le 22 juillet 1915, une deuxième ordonnance fut rendue, retouchant quelques articles du chapitre de la copropriété. Enfin le 19 mars 1916, une troisième ordonnance, de beaucoup la plus importante, acheva de donner vie au projet de 1912.

Les motifs qui ont poussé à la publication immédiate de cette troisième « nouvelle », telle est l'expression dont se servent les juristes autrichiens, furent énoncés dans un communication du ministère de la Justice, publiée dans la Wiener Zeitung du 21 mars 1916 (4) :

« Certaines parties de la revision projetée par la Chambre des Seigneurs avaient été mises en vigueur par les ordonnances impériales du 12 octobre 1914 et du 22 juillet 1915. Ceci pour parer à des nécessités extrêmement pressantes créées par la guerre. Depuis, de nombreux mois se sont écoulés. Et la longue durée de la guerre, la transformation qu'elle a entraînée dans les relations normales ont placé au premier plan des

(4) « Verordnungsblatt des Justizministeriums », 22 mars 1916 : voir « Die Dritte Teilnovelle zum A. B. G. B. » dans *Gerichtszeitung*, 1916 n° 13.

questions que l'on avait espéré laisser en suspens jusqu'à la fin des hostilités. Par exemple, les dévastations causées par l'invasion ennemie, la destruction des livres fonciers, livres de commerce, lettres, quittances et autres documents rendaient indispensable la publication des dispositions, contenues dans le projet de revision, sur l'acquisition de la propriété et d'autres droits sur les immeubles non inscrits aux livres fonciers — et aussi des dispositions relatives à l'abréviation du délai de prescription — si l'on voulait éviter une dangereuse incertitude sur la situation juridique des biens immobiliers et une véritable paralysie du crédit foncier.

« De plus, l'on peut dire que la publication de dispositions isolées n'était pas seule indispensable, mais bien une complète transformation du droit privé dans le cadre du projet de la Chambre des Seigneurs. Les rapports anciens bouleversés rendaient impossible le maintien, après la guerre, de dispositions dont l'application depuis longtemps était source de difficultés. Sans doute l'époque eût été mal choisie pour entreprendre une œuvre de revision. Mais il n'était pas question de cela. Il s'agissait simplement de mettre en vigueur un travail soigneusement préparé, longuement étudié et discuté, afin de supprimer, au moment du retour aux conditions de paix, une période de réajustement du droit extrêmement périlleuse pour la vie économique.

« Il faut se dire que l'époque qui suivra la guerre réclamera des dispositions nouvelles avec urgence ; que le pouvoir législatif sera, dans d'autres domaines, accablé de travaux d'un caractère tellement pressant que l'on n'aura ni le loisir, ni la liberté d'esprit nécessaires à la mise sur pied d'un projet nouveau revisant l'ensemble du Code civil.

« L'urgence est particulièrement évidente pour les dispositions tendant à annihiler ou du moins à réduire les effets de certains phénomènes de la vie économique tels que : la transformation des industries de guerre

en industries de paix ; l'invasion inévitable des matières premières et des produits de l'étranger ; la hausse des salaires ; l'ouverture de débouchés nouveaux et la grande augmentation — sur lesquels nous pouvons compter — dans la production générale des richesses et dans les échanges commerciaux.

« La suppression de nombreuses questions controversées dans le droit actuel et qui ont fâcheusement réagi sur la vie économique est un autre des buts poursuivis.

« Ces considérations justifient la décision prise par le Gouvernement en publiant la troisième novelle le 17 mars 1916. »

Il ne manqua pas de juristes pour soutenir qu'elles ne la justifiaient en aucune manière (5). Si les premières nouvelles étaient opportunes et témoignaient de leur urgence par leur brièveté même, il paraissait abusif d'user à nouveau de l'article 14 de la loi fondamentale pour mettre en vigueur la grande masse des textes révisés, avec une précipitation à la fois inexplicable et dangereuse pour la perfection et l'unité de l'œuvre entreprise. En effet les raisons qu'avancait le ministre de la Justice ne résistent pas à l'examen : il prétendait d'abord vouloir parer par cette publication aux nécessités créées par la guerre et apporter les modifications législatives exigées par elle. Or, à l'exception des dispositions des deux premières nouvelles, cet argument ne peut valoir pour les textes de la troisième, qui n'ont avec l'état de guerre aucun rapport et furent étudiés et établis sans que pareille éventualité fut même suggérée. Le ministre faisait ensuite observer que le pouvoir législatif après la guerre n'aurait pas le loisir de s'attarder à un travail de révision ; que si le temps de guerre semblait peu propice à l'élaboration d'un projet de rajeunissement du code, il n'était pas question de cela

(5) « Die dritte Teilnovelle zum A. B. G. B. », par M. Sternberg, dans *Gerichtshalle*, 1916, n° 13.

ici, mais de la publication d'un travail longuement étudié et approuvé déjà par la Chambre des Seigneurs. A quoi l'on répondit que s'il s'agissait d'un projet mis au point et parfait dans toutes ses parties, il était difficile de voir comment sa simple ratification serait un intolérable surcroît de travail imposé à l'activité législative ; ou bien s'il en était autrement, il apparaissait clairement que sa mise en vigueur était au moins prématurée.

La plus forte objection faite à cette mise en vigueur était qu'elle laissait sans réponse des vœux nombreux de réformes législatives présentés depuis 1912, dont la réalisation se trouvait rejetée dans un avenir incertain.

L'on critiquait encore la liberté qu'avait prise le gouvernement d'apporter aux textes, tels que la Chambre des Seigneurs les avait votés, quelques modifications dont la communication du 22 mars 1916 donnait les motifs. De sorte que si l'ensemble du projet avait du moins subi la censure de l'une des deux Chambres, il se trouvait dans la troisième nouvelle des dispositions — de moindre importance, il est vrai — qui n'avaient obtenu aucune sorte d'approbation parlementaire et qui ne s'imposaient que par un simple acte d'autorité du Gouvernement.

La mise en vigueur soulevait quelques problèmes délicats :

Le projet de 1912 ne présentait pas les textes révisés et nouveaux dans l'ordre des articles du Code. Mais, suivant la règle posée dès le début des travaux, chacun des titres du projet comprenait tous les textes relatifs à une même matière — procédé systématique qui seul mettait en relief la portée de la revision.

Ceci admis, une question se posait : la revision ferait-elle l'objet d'une loi séparée, qui respecterait l'intégrité formelle du code, inchangé depuis un siècle, mais qui matériellement en modifierait l'application

en vertu de l'adage : *lex posterior derogat priori*. Ou bien, sans s'arrêter à cette considération un peu sentimentale, fallait-il reconnaître que là où une modification était adoptée le texte ancien disparaissait et se trouvait remplacé par le texte modifié dans le corps même du code ?

L'avantage de cette dernière solution était de donner un texte complet du code civil dans sa forme actuelle ; alors que l'inconvénient de la première était de faire naître inévitablement des doutes sur ce que la revision avait laissé subsister de l'ancien texte et sur ce qu'elle avait introduit de nouveau. Les nouvelles contiennent en effet des dispositions qui n'appartiennent pas au cadre du droit civil — dispositions de procédure ou dispositions transitoires. Il y avait intérêt à nettement déterminer ce qui pour l'avenir faisait partie du droit civil autrichien, laissant à une loi spéciale le soin de mettre en vigueur les autres dispositions.

La deuxième solution, préconisée par la critique, l'emporta. Les circonstances de guerre, ainsi qu'on l'a vu, entraînèrent la mise en vigueur des textes dans leur ensemble par voie d'ordonnance impériale, et non par voie législative. Mais on ne modifia pas la solution adoptée.

Une autre question est celle de la date d'entrée en vigueur des textes révisés et nouveaux. La troisième nouvelle, dans son début, en indique trois :

Le 1^{er} avril 1916 pour les dispositions relatives à la prescription ;

le 15 avril 1916 pour celles relatives à l'acquisition de droits réels portant sur des immeubles non inscrits dans les livres fonciers ;

le 1^{er} janvier 1917 pour toutes les autres dispositions.

Il est malaisé de dire le pourquoi de ces dates différentes. Dans le corps de la nouvelle, d'autres dates encore sont fixées. Un certain désordre est apparent.

Et il semble bien que la faute en est à la préparation hâtive de la troisième novelle.

Il nous reste à examiner le problème de la rétroactivité :

L'article 5 du code, non modifié, nous donne une réponse claire : « Les lois ne rétroagissent pas ; elles sont sans effet sur les actes consommés et sur les droits antérieurement acquis. » L'ordonnance de promulgation du 1^{er} juin 1811 ajoutait : « Ce code n'influera en rien sur les actions antérieures au jour où il doit devenir exécutoire, soit que ces actions consistent dans des obligations synallagmatiques parfaites, soit dans des déclarations de volonté, que le déclarant aurait encore le pouvoir de changer par sa seule volonté et de mettre en harmonie avec les dispositions du présent code ». Le projet jugea superflu de répéter le principe de non-rétroactivité.

Dans deux hypothèses seulement il pourrait y avoir exception :

1. La rétroactivité pourrait être expressément édictée pour des motifs de politique législative (articles 863, 864, 870, 871, 875, 876, 914 ; 878, 879, 880, etc...).

2. La non-rétroactivité pourrait en certains cas être expressément rappelée pour éviter que le juge, dans l'appréciation de rapports juridiques anciens, ne se croie lié par la loi nouvelle (article 8 C.C.) (6), lorsque celle-ci semble n'apporter qu'une interprétation officielle de l'état antérieur de la loi.

La rétroactivité soulève une question particulièrement délicate, lorsqu'une cause jugée en première ins-

(6) Art. 8. — Au législateur seul appartient le pouvoir d'interpréter une loi d'une manière généralement obligatoire. Une telle interprétation doit être appliquée à toutes les causes encore pendantes, à moins que le législateur n'ait ajouté que son interprétation ne devait pas être étendue à la décision des causes qui se rapportent aux actions intentées et aux droits réclamés antérieurement à cette interprétation.

tance sous l'empire de l'ancien droit se trouve portée devant une cour supérieure après l'entrée en vigueur des textes révisés. Dans le cas de l'article 722 nouveau, relatif à la perte ou à la destruction du testament, la réponse semble claire. La troisième novelle, art. 58, prévoit l'application de cet article à toutes les causes sur lesquelles il n'a pas été rendu un jugement ayant force de chose jugée.

Quant aux articles 914 et 916 traitant de l'interprétation des contrats, il n'y est question que de « jugement » ; mais il est aisé d'admettre qu'il s'agit ici encore de jugement ayant force de chose jugée.

Pour tous les autres cas les nouvelles ne se prononcent pas sur le point qui nous occupe. La règle qui devrait être adoptée et la seule admissible serait que la cour supérieure, en toute circonstance et d'office, doive fonder sa décision sur le droit nouveau. Les Cours paraissent cependant répugner vivement à s'y soumettre (7).

VI. — LE CODE DEPUIS SA REVISION

La revision sous sa forme définitive a retouché ou entièrement remplacé environ deux cent cinquante des 1.502 articles du code. Elle a donc une portée étendue et l'on peut prévoir que ce code rajeuni sera pour la génération vivante le fondement du droit civil positif.

L'accueil qui lui fut réservé justifie d'ailleurs cette prévision :

L'attitude des juristes autrichiens pendant toute la durée des travaux de revision avait été résolument

(7) « Bemerkungen über die Rückwirkung der dritten Teilnovelle zum A. B. G. B. », par E. Hellmer dans *Gerichtszeitung*, 1917, N° 2.

critique. L'élaboration de lois nombreuses pendant les récentes années avait aiguisé chez eux cet esprit ; de plus, on se plaisait à reconnaître la légitimité et la nécessité de l'attitude critique au cours de la discussion de tout projet de loi. Aussi la littérature qui entoura l'œuvre entreprise est-elle d'une extrême abondance.

Mais une fois les nouvelles publiées, l'attitude changea. M. von Schey lui-même (8) avait attiré l'attention sur le danger d'une critique tardive qui risquait de créer une inquiétude permanente et de tendre à une revision sans cesse renouvelée. On reconnut qu'il y avait dans les nouvelles quelque chose qui dépassait le provisoire, et qui par conséquent devait échapper aux agitations quotidiennes ; on reconnut aussi que les dispositions où se reflète l'esprit social de l'époque formaient un exposé méthodique, illusoire peut-être, mais théoriquement nécessaire. Et cette admission arrêta la critique.

Il est évident toutefois que l'application de la loi ne doit pas échapper à une certaine critique. Et, en effet, la décision que l'on a prise de remplacer l'interprétation grammaticale du code par l'interprétation logique implique l'idée que le texte tel qu'il existe peut ne pas donner le droit véritable, mais que l'énoncé de la règle peut en fait contredire son but ou ne pas coïncider avec lui. Cette interprétation logique est légitimement soumise à la critique. Mais cette dernière critique est fort différente de celle à laquelle nous faisons allusion plus haut. La différence réside dans la tendance, peut-être aussi dans le ton. La première recherche dans la loi tout ce qu'elle a de mauvais, pour la tuer ; l'autre tout ce qu'elle a de bon, pour la rendre viable. C'est dans cet esprit bienveillant que furent conçues les études et les notes parues dans les revues viennoises, après la publication des nouvelles. Les circonstances

(8) « Das A.B.G.B. nach den drei Novellen », par J. von Gerichtszeitung, 1916, nos 51 et 52.

ont prouvé depuis que la faveur de cet accueil était non le simple effet d'une discipline, mais bien la reconnaissance sincère des mérites de l'œuvre. Car, l'empire austro-hongrois disparu, le code continua de prospérer.

A l'heure actuelle, en dehors du territoire de la République autrichienne, il est demeuré le code de la Bohême, la Galicie, la Bukowine, la Bosnie-Herzégovine. Sans doute, la Tchéco-Slovaquie, la Yougo-Slavie, la Roumanie, la Pologne ont toutes quatre entrepris l'unification des droits en vigueur dans leurs provinces. Mais, jusqu'ici, la Tchéco-Slovaquie seule a pris en mains cette œuvre avec la même décision qu'elle apporta dans les autres problèmes d'organisation intérieure : un avant-projet du titre des obligations, œuvre de M. Kreinar, professeur à l'Université de Prague, a déjà été publié (9). En Pologne, une commission a été nommée, dont le président est M. Jaworski, doyen de la Faculté de droit de Varsovie ; sauf une réforme relative aux tribunaux d'exception, et des lois spéciales, telle la loi sur le mariage, qui restent pour le moment en dehors du cadre du code, rien n'est sorti à ce jour de ses délibérations. En Yougo-Slavie, le Ministère des Commettants comporte un département spécialement affecté à l'œuvre d'unification, sans que son activité se soit traduite toutefois par la publication d'aucun projet. En Roumanie enfin, la nomination d'une commission de juristes est le seul pas qui semble avoir été fait vers la réalisation du même but.

Il est donc difficile de prévoir quand ces travaux auront abouti. Dans l'entretemps, les populations vivent sous l'empire de ce code révisé, dont elles auront pleinement goûté les bienfaits au moment où il leur sera retiré.

(9) Voir dans le Bulletin de la Société de Législation comparée, la communication du professeur Kreinar sur le projet de code tchéco-slovaque (séance du 28 février 1925).

LES TEXTES REVISÉS ET NOUVEAUX

Dans l'étude des textes revisés et nouveaux, nous avons résolu non de suivre le plan du projet de 1912, qui se justifie par des raisons de système plus valables pour des juristes autrichiens que pour des lecteurs français, ni l'ordre purement accidentel des nouvelles, mais de respecter l'ordre des articles du code que nous croyons plus propre à permettre les comparaisons et les références.

Les phrases et mots nouveaux seront en italiques dans les textes, adoptant ainsi un procédé similaire à celui de la grande édition du code revisé qu'a donnée M. von Schey. C'est aussi dans le remarquable rapport de M. von Schey, présentant le projet de 1912, que nous avons le plus fréquemment puisé pour les observations qui accompagnent les textes.

Quant aux textes eux-mêmes, pour ceux dont une traduction antérieure pouvait être de quelque utilité, elle nous a été fournie par l'ouvrage de M. A. de Clerq, paru en 1836 (10). Cet ouvrage n'est pas sans contenir quelques erreurs. Il est toutefois de beaucoup supérieur à celui, plus connu, d'Anthoine de Saint Joseph (« La concordance des codes civils »), où l'auteur se contente trop souvent d'approximations et de résumés hasardeux.

(10) Nous ne connaissons à Paris que deux exemplaires de cette traduction : l'une à la Société de Législation comparée, l'autre à l'Office de Législation étrangère du Ministère de la Justice.

PREMIERE PARTIE

DU DROIT DES PERSONNES

CHAPITRE PREMIER. — *Des droits qui ont trait aux attributs de la personne*

Ce chapitre n'a subi aucune modification essentielle. L'article 21 n'a été retouché qu'après la revision. La disposition nouvelle sur l'absence fut particulièrement bienvenue en raison de l'état de guerre. Quant à l'introduction d'un article relatif à la protection du nom, c'est une innovation heureuse, dont la véritable portée n'apparaîtra que lorsque nous examinerons, à la fin de cette étude, son influence en matière commerciale.

Ont donc été révisés les textes suivants :

2. — Des personnes soumises à une protection spéciale en raison de leur âge ou de leur état mental.

Art. 21. — Ceux qui par défaut d'âge ou par faiblesse d'esprit, ou par d'autres circonstances, sont incapables de gérer eux-mêmes leurs affaires d'une manière satisfaisante, sont placés sous la protection spéciale des lois. Appartiennent à cette classe de personnes : les enfants qui n'ont pas accompli leur septième année ; les impubères qui n'ont pas accompli leur quatorzième année ; les mineurs qui n'ont pas accompli leur *vingt-et-unième année*, puis les furieux, les fous, les imbéciles qui sont entièrement privés de l'usage de leur raison ou qui sont du moins incapables de discer-

ner les suites de leurs actions ; en outre, ceux auxquels le juge a interdit l'administration ultérieure de leur fortune comme prodigues déclarés ; enfin les absents et les communes (loi du 6 février 1919).

Ancien texte : « ...les mineurs qui n'ont pas accompli leur vingt-quatrième année. »

Lors de la revision du Code, on avait hésité devant les répercussions politiques de l'abaissement à 21 ans de la majorité civile (voir les commentaires sous l'art. 152). Cette crainte n'avait plus de raison d'être dans une Autriche républicaine et démocratique, où le suffrage universel était donné à tous les citoyens de vingt ans, sans distinction de sexe. D'où la loi du 6 février 1919, qui abaissa de 24 à 21 ans l'âge de la majorité, et de 20 à 18 celui de l'émancipation, modifiant ainsi, outre l'article 21, les articles 174, 247, 248, 252.

3. — De l'absence.

Art. 24. — La mort de l'absent est présumée :

1° lorsqu'il s'est écoulé *soixante-dix ans* depuis sa naissance et *cinq années* depuis les dernières nouvelles prouvant son existence ; ou bien lorsqu'il s'est écoulé *trente années* depuis sa naissance, et *dix* depuis les dernières nouvelles. Les deux délais de cinq et de dix ans se calculent à partir de la fin de la dernière année où, d'après les nouvelles reçues, il était encore en vie ;

2° lorsqu'il a été grièvement blessé à la guerre ou que, prenant part à la guerre, il a disparu et que, depuis la fin de l'année où la guerre a cessé, trois années se sont écoulées, sans qu'aucune nouvelle de son existence soit parvenue ;

3° lorsqu'il se trouvait à bord d'un navire naufragé ou qu'il a couru un danger de mort analogue et qu'il a disparu depuis trois ans, à compter de la fin de l'année où l'événement a eu lieu. Le naufrage du

navire est présumé lorsqu'il n'a pas atteint sa destination, ou lorsque, n'ayant pas de destination fixe, il n'est pas revenu à son port d'attache et que trois années se sont écoulées depuis les dernières nouvelles. Le dernier jour de ce délai est considéré comme le jour du naufrage.

Dans tous ces cas, la déclaration de décès peut être réclamée (Nov. I, art. 1).

Ce texte abrège de dix années le délai, qui autorise la présomption de décès, et prévoit en outre les hypothèses de disparition en mer ou à la guerre. Il s'applique aux demandes de déclaration de décès introduites au moment de sa mise en vigueur.

8. — De la protection du nom.

Article 43. — *Toute personne, qui se voit contester le droit de porter son nom ou subir un préjudice causé par l'usage non autorisé de son nom, a le droit de demander la cessation de cet état de choses et, en cas de faute, de réclamer des dommages-intérêts.* (Nov. III, art. 1).

Cette disposition remplace un article d'une valeur législative nulle et comble une lacune sérieuse. Le droit au nom est considéré comme un droit de nature privée et de caractère subjectif ; de sorte que toute usurpation, même tout usage accidentel injustifié peuvent donner lieu à une plainte, si du moins elle se fonde sur un intérêt reconnu par la loi.

Le pseudonyme est également protégé ; mais, en ce cas, la plainte doit être accompagnée de la preuve que l'usurpation a causé un dommage.

CHAPITRE II. — Du mariage

Une légère retouche devait être apportée aux articles 120 et 138 de ce chapitre, pour les mettre en harmo-

nie avec la règle nouvelle de l'article 902, que nous étudierons plus loin. Il en est de même pour l'article 163 au chapitre suivant.

— Dissolution du mariage.

Article 120. — Lorsqu'un mariage a été déclaré nul ou a été dissous par la mort du mari, ou que le divorce a été prononcé, la femme ne peut, si elle est enceinte, convoler à de secondes noces avant son accouchement, **et**, s'il s'élève des doutes sur sa grossesse, *avant l'expiration de 180 jours* ; mais, si d'après les circonstances ou le témoignage des gens de l'art la grossesse n'est pas probable, la dispense peut être accordée au bout de trois mois dans les chefs lieux par le tribunal civil, et dans les autres districts par le baillage du cercle (Nov. III, art. 202).

Ancien texte : « ...avant l'expiration de six mois. »

Article 138. — La présomption de naissance légitime existe en faveur des enfants, qui sont *nés plus de 180 jours* après la célébration du mariage, ou *avant l'expiration de 300 jours* à compter soit de la mort du mari, soit de l'entière dissolution du lien conjugal. (Nov. III, art. 202).

Ancien texte : « ...nés dans le septième mois de la célébration du mariage, ou dans le dixième soit après la mort du mari, soit après la dissolution entière du lien conjugal. »

CHAPITRE III. — *Des droits entre parents et enfants*

Ce chapitre a été profondément remanié par la première novelle. Tous les points (et ils sont nombreux), qui avaient provoqué les critiques des juristes modernes, celles de ses dispositions qui ne répondaient plus à la conception actuelle de la famille, au rôle —

droits et devoirs — des parents légitimes et naturels, ont retenu l'attention des réformateurs. Si leurs solutions ne sauraient être toujours accueillies sans réserve, elles réalisent cependant une amélioration considérable de la législation en cette matière.

— De l'entretien de l'enfant dans les cas de séparation de corps et de divorce.

Article 142. — Lorsqu'à la suite d'une séparation de corps ou d'un divorce, les époux ne sont pas arrivés, pour régler *l'entretien* et l'éducation des enfants, à un accord qui doit rencontrer l'approbation du tribunal, celui-ci décidera si tous les enfants — ou lesquels d'entre eux — doivent être laissés au père ou à la mère. Il tiendra compte de l'intérêt des enfants, de la situation, de la personnalité et des qualités des époux, ainsi que des motifs de la séparation ou du divorce. L'autre époux conserve néanmoins la faculté d'entretenir des relations avec les enfants. Le Tribunal peut régler de plus près ces relations. Le père doit supporter les frais de l'éducation.

Si les circonstances se sont modifiées, le tribunal sans s'arrêter aux mesures qu'il a prises antérieurement ou aux accords des époux, peut prendre telles mesures nouvelles que réclame l'intérêt des enfants. (Nov. I, art. 6).

On a voulu donner plus d'élasticité aux solutions de l'ancien droit. A cette fin, le juge a été muni d'un large pouvoir d'appréciation, avec toutefois l'indication impérative que l'intérêt de l'enfant doit seul le guider. La responsabilité respective des parents dans le divorce ou la séparation de corps ne doit jamais être décisive.

— De la puissance paternelle.

Article 152. — Les enfants, qui sont sous la puis-

sance paternelle, ne peuvent contracter aucune obligation valable sans le consentement exprès ou du moins tacite du père. *L'enfant qui n'est pas à la charge de ses parents peut librement louer ses services par contrat.* On doit en général appliquer à ces obligations — *comme à celles des mineurs en tutelle* — les règles prescrites au chapitre suivant (art. 246-248) pour les actes obligatoires des mineurs placés en tutelle. Le père a également l'obligation de représenter ses enfants mineurs (Nov. III, art. 2).

A l'occasion de cet article, on avait longuement discuté l'opportunité d'un abaissement de l'âge de la majorité de 24 à 21 ans. La grosse objection était que cet abaissement de l'âge d'exercice des droits civils risquait fort de réagir sur l'âge d'exercice des droits politiques. On avait répondu qu'en droit public, c'était l'âge de 24 ans et non la majorité qui importait. Cela ne convainquit personne. La commission cependant comprenait l'intérêt de cet abaissement pour les classes ouvrières, où l'individu est toujours amené à contracter, à louer ses services, avant sa majorité. Elle s'en tira par l'introduction de la disposition nouvelle, dont on prononça la rétroactivité. Depuis, la loi du 6 février 1919 (voir art. 21) a fait perdre à cette disposition quelque peu de son utilité.

Il est difficile de comprendre la portée de la réforme, si l'on ne se souvient que louer ses services et disposer de son salaire n'est pas la même chose et si l'on n'a pas présent à l'esprit le texte de l'article 246 et de l'article 151 : « Un enfant a la libre disposition des choses qu'il a acquises par son travail, pendant sa minorité, lorsqu'il n'est pas à la charge de ses parents, de même que de celles qui lui ont été données pour son usage après avoir atteint la puberté ». Alors qu'il était admis que le mineur en tutelle pouvait, sans le consentement de son tuteur, à la fois disposer de son salaire et engager ses services, l'on soutenait très gé-

néralement que seule la libre disposition de son salaire était possible pour le mineur, qui est soumis à la puissance paternelle sans être entretenu par ses parents.

La commission voulut établir l'égalité des deux situations ; et le nouvel article 152 ne laisse subsister aucun doute sur la possibilité pour le mineur en puissance paternelle de louer librement ses services, s'il n'est plus à la charge de ses parents.

On a objecté que l'autorité du père s'en trouvait affaiblie. L'objection est sans grande force, puisque l'article 152 ne s'applique qu'à des enfants qui jouissent déjà d'une réelle indépendance matérielle ; et que — autre limitation — si les services à prester par le mineur impliquent le choix d'une carrière, l'approbation de ce choix par le père est requise par l'article 148 : « Le père peut élever son enfant mineur pour l'état qu'il juge devoir lui convenir ; mais après avoir atteint sa puberté, l'enfant peut, s'il a vainement exposé à son père le désir d'embrasser une autre profession plus conforme à ses penchants et à ses facultés, porter sa demande devant le Tribunal ordinaire qui en décidera d'office eu égard à l'état, à la fortune et aux objections du père ».

Si la validité du contrat conclu par le mineur entraîne celle des conventions accessoires, telles que clause pénale, clause de concurrence, etc., est une question que la loi ne résout pas. Elle laisse au juge le soin d'en décider dans chaque cas particulier.

— Des rapports de droit entre parents et enfants naturels.

Article 158. — Lorsqu'un mari prétend que l'enfant né de sa femme dans le délai légal n'est pas issu de ses œuvres, il doit contester la légitimité de la naissance de l'enfant, au plus tard dans le délai de trois mois après qu'il en a reçu avis, et prouver contre le curateur, qui sera nommé pour défendre la légitimité

de la naissance, l'impossibilité d'avoir pu concourir à la conception de l'enfant. L'adultère commis par la mère et son aveu que l'enfant est illégitime ne sont pas suffisants pour enlever à l'enfant les droits de la naissance légitime.

Dans le cas où le mari est devenu fou avant l'expiration du délai, son représentant légal pourra exercer le droit de contestation dans les trois mois, qui suivront la nouvelle qu'il a reçue de la naissance de l'enfant, ou si cette naissance lui était déjà connue, dans les trois mois de sa nomination (Nov. III, art. 6).

Article 159. — Si le mari est mort avant l'expiration du délai de contestation ou si depuis la naissance de l'enfant sa résidence est inconnue, l'enfant a, lui aussi, le droit de contester sa légitimité avec l'assentiment de sa mère, lorsque celle-ci est encore en vie. A cet effet, la plainte est dirigée contre un curateur, nommé afin de défendre la légitimité de la naissance. Le droit de contestation de l'enfant s'éteint une année après sa majorité.

Quand le mari est mort dans le délai qui lui est accordé pour contester la légitimité de la naissance, les héritiers dont les droits seraient lésés, peuvent également dans les trois mois de la mort du mari contester la légitimité de la naissance de l'enfant pour le motif ci-dessus énoncé (Nov. III, art. 7).

Article 159a. — Le droit de contestation du représentant légal du mari ou celui de l'enfant s'éteint lorsque le mari, redevenu capable, reconnaît en justice la légitimité de la naissance avant que le jugement ait force de chose jugée (nov. III, art. 8).

Ces articles visent à résoudre les difficultés qu'avait fait surgir l'ancien article 158.

L'on se demandait si le droit de contester la légitimité était un droit purement personnel, que le représentant légal du mari ne pourrait le cas échéant exercer. La commission admit l'action du représentant.

L'on se demandait notamment si l'action des héritiers, autorisée par l'ancien article 159, était intentée par eux en qualité de représentant ou de leur propre chef. Il n'est plus douteux aujourd'hui que c'est de leur propre chef, l'article 158 réglant la représentation du mari, et l'article 159 énumérant les personnes qui, en dehors du mari, ont le droit de contestation.

Venait ensuite la question de la possibilité pour l'enfant de contester sa légitimité. La jurisprudence avait adopté sur ce point des solutions contradictoires. Le code allemand (art. 1593) réserve au mari seul, de son vivant, le droit d'action. Le code suisse (art. 256) le donne aux héritiers qui viennent soit en concours avec l'enfant, soit après lui, mais non à l'enfant lui-même.

Le père est sans doute, comme chef de la famille, le plus intéressé à reconnaître dans l'enfant un membre, légitime ou non, de cette famille. Cependant, de plus en plus fréquemment, l'intérêt de l'enfant exige la révélation de sa vraie filiation : le mari a quitté le foyer, sa femme accepte de vivre en concubinage avec un tiers, des enfants naissent de ces relations. Ces enfants ont un droit aux aliments contre le mari disparu; ils n'en ont aucun contre leur père véritable et présent; de plus, ils n'ont aucune chance d'être jamais légitimés par un mariage subséquent.

A ces arguments l'on oppose — considérations puisées dans une morale opportuniste — la nécessité de concentrer les moyens d'action dans la main du chef de famille (même détaché de cette famille); le danger qu'il y a dans l'introduction par d'autres personnes, fût-ce l'enfant, d'actions de cette nature, en raison du scandale qu'elles entraînent; l'insécurité et le bouleversement qu'elles menacent de provoquer dans des filiations établies depuis plusieurs générations. Pour répondre à ces objections et ne pas sacrifier l'intérêt de l'enfant, la commission lui reconnut un droit d'action, mais rigoureusement limité aux cas de disparition du

père depuis la naissance de l'enfant ou de décès avant l'expiration du délai de contestation. De plus, ce droit n'est acquis qu'aux enfants nés moins de trois ans avant la mise en vigueur de la nouvelle.

L'article 159 est le seul auquel la Chambre des Seigneurs, en votant le projet de 1912, apporta une modification. Elle était malheureuse: elle réduisait à cinq années après sa naissance le droit d'action de l'enfant, et au seul cas de disparition du père. Ce droit devenait du coup illusoire. Sagement, en publiant la nouvelle, le texte du projet fut rétabli.

— De la preuve de la paternité naturelle.

Article 163. — Est présumé père de l'enfant celui qui, suivant le mode établi par les lois sur la procédure, est convaincu d'avoir cohabité avec la mère d'un enfant, dans les *cent quatre-vingts jours* au moins et les *trois cents jours* au plus qui ont précédé le moment de l'accouchement; ou celui qui avoue un tel fait, même hors justice. (Nov. III, art. 202).

Ancien texte: « ...dans les six mois au moins et les dix mois au plus. »

— De la nature du lien créé entre parents et enfants naturels.

Article 165. — Les enfants naturels n'ont aucun droit au nom de leur père, ni à sa noblesse, ni à ses armes, ni aux autres privilèges des parents. Ils portent le nom de famille de la mère.

Le mari de la mère, par une déclaration faite devant les autorités publiques, peut donner son nom à l'enfant, avec le consentement de la mère et de l'enfant, ou, s'il est mineur, de son représentant légal et du Tribunal. Pour que ces déclarations aient effet, il est nécessaire qu'elles soient faites dans un acte légalisé, sous forme publique, judiciaire ou notariée. (Nov. I. art 8).

Article 166. — Un enfant naturel a également le droit d'exiger de ses parents un entretien, une éducation et un établissement conformes à leur fortune et les droits des parents sur lui s'étendent dans la mesure où le réclame le but de l'éducation. Du reste l'enfant naturel n'est pas sous la puissance de son père naturel, mais il est représenté par un tuteur.

Le père est tenu en premier lieu de pourvoir à l'entretien de l'enfant. S'il n'est pas en état de la faire, le devoir en incombe à la mère, *et ensuite aux grands parents maternels.* (Nov. I, art. 9).

Article 167. — Le père est tenu de payer à la mère les frais d'accouchement, ainsi que son entretien pendant les six semaines qui suivent la délivrance ; éventuellement aussi, les autres débours qui seraient rendus nécessaires par suite de l'accouchement.

La créance de la mère se prescrit par trois ans à partir de la délivrance. (Nov. I, art. 10).

Article 168. — Dès avant la naissance de l'enfant, le Tribunal peut à la requête de la mère, si la nécessité s'en fait sentir et si elle n'est pas d'une inconduite notoire, obliger celui dont la paternité est rendue vraisemblable par les dispositions de l'article 163, à consigner la somme nécessaire à l'entretien de l'enfant pendant les trois premiers mois et celle qu'il doit à la mère en vertu de l'article 167. (Nov. I, art. 11).

Article 169. — Tant que la mère a la volonté et les moyens d'élever son enfant naturel d'une manière conforme à son état à venir, le père ne peut pas le lui retirer ; il n'en doit pas moins payer les frais d'entretien. Mais, si le bien-être de l'enfant est compromis par l'éducation maternelle, le père est tenu de séparer l'enfant de la mère et de le prendre auprès de lui ou de le placer en quelque autre lieu, à la fois sûr et convenable (Nov. I, art. 12).

Article 171. — L'obligation de soigner et d'établir les enfants naturels passe, comme toute autre charge, aux héritiers du père.

Lorsqu'il y a eu reconnaissance volontaire ou judiciaire de la paternité, les enfants naturels qui, à l'époque du décès du père, étaient élevés dans sa maison, peuvent exiger que leur entretien et leur éducation soient continués dans la même mesure jusqu'à ce qu'ils soient capables de subvenir à leurs besoins, sans toutefois que cette mesure puisse dépasser celle dont bénéficient les enfants légitimes, en tenant compte du patrimoine laissé par le défunt (Nov. I, art. 13).

En ces dispositions, la commission s'est occupée avec assez de bonheur d'améliorer le sort de l'enfant naturel et celui de sa mère.

La première phrase de l'ancien article 165 : « Les enfants naturels sont généralement exclus des droits de la famille et de la parenté » a disparu. Elle a cessé d'être vraie.

L'innovation de cet article 165, contenue dans le deuxième alinéa, a été inspirée par une disposition analogue du code allemand (art. 1706). Il arrivait couramment que le mari de la mère naturelle était prêt à accueillir à son foyer l'enfant qu'elle avait eu avant son mariage et de lui faire connaître les bienfaits d'une vie familiale régulière. Dans ce but, afin que toute apparence extérieure de l'irrégularité de la situation soit effacée, il est permis au mari de donner officiellement son nom à l'enfant. Il ne s'agit ni d'une adoption, ni d'une légitimation. L'enfant reste naturel et n'a aucun droit de famille à faire valoir contre le mari de sa mère. Il s'agit simplement de l'octroi du nom.

D'autre part, ayant admis le principe que l'enfant naturel appartient à la famille de la mère, la commission, par la modification apportée à l'article 166, en tira la conclusion logique.

Mais toute la sollicitude de la commission pour l'enfant naturel n'a pu la déterminer à lui reconnaître un droit de succession au patrimoine laissé par le père naturel. L'alinéa 1 de l'article 171 indique le minimum

auquel il a droit et la disposition de l'alinéa 2 ne modifie en rien ce droit. On a voulu par cet alinéa 2 assurer à l'enfant naturel la permanence de la situation que son père lui avait faite, l'admission au foyer témoignant clairement de l'affection active qu'il lui portait. Toutefois, l'article 171 n'indique que l'étendue du droit, il n'affirme pas celui de rester en toutes circonstances au foyer, ce qui ne pourrait que susciter des froissements et des querelles.

Le projet gouvernemental avait voulu permettre aux héritiers du père de satisfaire aux droits de l'enfant naturel en lui versant une somme égale à sa réserve, s'il avait été légitime. Cette idée fut rejetée par la commission. Mais elle admit d'autre part que la disposition de l'alinéa 2 ne s'appliquerait pas, si le père de l'enfant naturel était mort avant la mise en vigueur de la novelle.

Quant à la mère, elle n'avait auparavant qu'une action délictuelle, fondée sur la séduction (ancien article 1328) (1) et dans des cas déterminés seulement, « car, disait Zeiller (Kommentar III, p. 763), les femmes séduites ne sauraient être entièrement excusées. »

Aujourd'hui l'obligation pour le père naturel de payer les frais de délivrance de la mère et son entretien pendant les semaines suivantes est une obligation légale attachée à sa qualité de père et exempte de tout caractère délictuel. Adoptant la solution de l'article 340c du code civil belge, la commission admit en outre, le cas échéant, une action de la mère fondée sur l'article 1328 du code civil autrichien.

Les droits accordés à l'enfant et à la mère par les articles 166 et 167 sont trop souvent sans valeur pra-

(1) Art. 1328. — Celui qui séduit une femme et qui la rend mère doit payer les frais de l'accouchement et des couches; il doit remplir, en outre, les autres devoirs de la paternité déterminés dans le chapitre III de la première partie de ce code. Le Code pénal fixe les cas dans lesquels la séduction est en même temps punie comme crime ou comme grave infraction de police.

tique. L'état physique de la mère, après la délivrance, la met dans l'impossibilité de faire les démarches nécessaires. Et la vie même de l'enfant, si la mère est sans ressources, court de graves dangers. Ces considérations ont dicté la disposition de l'article 168, semblable aux articles 1716 du code allemand et 321 du code suisse. Mais il fallait être prudent : des abus étaient à craindre, danger d'autant plus réel qu'avant l'accouchement la date de la conception reste incertaine. La simple adoption de l'article 1716 (2) du code allemand était à écarter, car le code autrichien ignore l'« exceptio plurium concumbentium ». Aussi deux conditions ont été mises à l'exercice de son droit par la mère : la médiocrité de ses ressources, qui ne doit pas aller jusqu'à l'indigence ; une conduite qui ne prête pas au scandale (cf. 315 code suisse). Et ce droit d'action pouvant aisément devenir un moyen malhonnête de pression, il ne suffit pas que la conduite de la mère ait été à l'abri des critiques pendant la période de cohabitation, mais elle doit l'avoir été jusqu'à l'intentement de l'action.

Les paiements faits à la mère seront mensuels conformément à la règle de l'article 1418 (3). La consignation présente pour le père présumé cet avantage que,

(2) Art. 1716. — Dès avant la naissance de l'enfant et à la requête de la mère il peut être ordonné, par disposition provisionnelle, que le père devra payer, aussitôt après la naissance, à la mère ou au tuteur l'entretien alimentaire à fournir à l'enfant pour les trois premiers mois, et qu'il devra consigner la somme nécessaire dans un délai convenable avant la naissance. Peut être ordonné, de même à sa requête, le paiement à la mère du montant ordinaire des frais dont l'art. 1715, al. 1 prescrit le remboursement, ainsi que la consignation de la somme nécessaire.

Pour que l'ordonnance provisionnelle soit rendue, il n'est pas nécessaire de faire valoir que le droit est en péril.

(3) Art. 1418. — Dans certains cas, l'époque du paiement est déterminée par la nature de l'affaire. Les aliments doivent être payés au moins un mois d'avance. Si la personne à laquelle ils sont dus meurt dans l'intervalle, ses héritiers ne sont tenus à aucune restitution sur les avances.

dans l'hypothèse où l'enfant mourrait peu de temps après sa naissance, la mère ne bénéficierait pas de la somme réservée à son entretien ; alors qu'il en serait autrement, si la somme était versée toute entière à la naissance de l'enfant, comme le suppose l'article 1716 du code allemand.

L'article 169 nouveau n'est que la fusion des anciens articles 168 et 169.

— Fin de la puissance paternelle.

Article 174. — Les enfants peuvent aussi sortir de la puissance paternelle avant l'accomplissement de leur *vingt et unième année*, lorsque le père avec l'autorisation du Tribunal y renonce expressément, ou lorsqu'il permet à un fils âgé de *dix-huit ans* d'avoir un domicile séparé (loi du 6 février 1919).

Ancien texte : « ...vingt-quatrième année... ...âgé de vingt ans. »

Article 178. — En cas d'abus de la puissance paternelle ou en cas de négligence des devoirs que cette puissance entraîne, ou si la *conduite du père est déshonorante ou immorale*, non seulement l'enfant, mais encore toute personne qui en a connaissance, et particulièrement les plus proches parents, peuvent invoquer l'assistance du Tribunal. Le Tribunal instruira sur l'objet de la plainte et prendra les mesures que commandent les circonstances. *Il peut notamment ordonner que le père soit placé sous la surveillance du Tribunal pour l'administration du patrimoine et la garde de l'enfant, et soit responsable à l'égal d'un tuteur* (Nov. I, art. 4).

Article 178 a. — *Lorsqu'un organisme ou un établissement de protection et d'assistance de l'enfance s'est chargé de l'entretien et de l'éducation d'un enfant, maltraité ou abandonné, que les parents négligent de surveiller ou d'instruire, le Tribunal des tutelles, à la demande de cet organisme ou de cet établis-*

sement et après examen du cas et audition des parents, pourra décider que l'enfant, avant l'achèvement de son éducation, ne pourra être enlevé aux soins de l'organisme ou de l'établissement, contre leur volonté, qu'avec l'approbation du Tribunal. (Nov. I, art. 5).

Il n'a pas été apporté de modification essentielle à l'ancien article 178. Un acte isolé, immoral ou mal-honnête, s'il n'est pas en même temps un abus de la puissance paternelle, n'entraînera pas toujours une intervention du Tribunal. Mais une inconduite persistante aura inévitablement pour effet de mettre en danger le développement moral de l'enfant.

La phrase ajoutée à l'article 178 est interprétative. Il était déjà admis que, même en dehors de l'article 177, il était possible dans l'intérêt de l'enfant de le soustraire au père indigne et de confier à des parents ou à une institution charitable. Mais il arrivait que ces moyens fassent défaut, et, dès lors, il n'y a d'autre ressource que de soumettre le père à un contrôle sévère du Tribunal. Un juge aurait pu hésiter à recourir à ce contrôle, jadis. Aujourd'hui l'article 178 le lui permet expressément.

Quant à l'article 178 *a*, il n'a été inséré que pour répondre aux vœux de divers congrès pour la protection de l'enfance. Il ne vise pas les enfants en tutelle pour lesquels dispose l'article 216 (4).

— De l'adoption.

Article 180. — Le père adoptif ou la mère adoptive doivent être âgés de plus de *quarante* ans et l'enfant adoptif doit être plus jeune que ses parents adop-

(4) Art. 216. — Le tuteur a, comme le père, le droit et l'obligation de veiller à l'éducation du mineur ; et dans les occasions importantes et graves, il doit préalablement demander l'autorisation et les directions du Tribunal des tutelles.

tifs d'au moins dix-huit ans. *Une personne mariée ne peut adopter ou être adoptée qu'avec le consentement de son conjoint. Ce consentement n'est pas nécessaire lorsque le conjoint est en état de démence, si sa résidence est inconnue, ou en cas de dissolution du mariage.* (Nov. I, art. 18).

Article 182. — Un effet légal essentiel de l'adoption est que l'adopté prend le nom du père adoptif ou le nom de famille de la mère adoptive. *Mais il peut être convenu qu'il conservera en même temps son propre nom, ainsi que la noblesse de famille qui pourrait lui appartenir. Dans ce dernier cas, il doit conserver son propre nom et le nom de l'adoptant doit nécessairement y être joint.*

Si les parents adoptifs désirent que leur noblesse personnelle et leurs armes passent à l'enfant adoptif, ils doivent solliciter l'assentiment du souverain. (Nov. I, art. 19).

Un décret du 28 janvier 1816 avait interdit l'adoption, par le père, de son enfant naturel. Mesure odieuse que la nouvelle abroge par son article 20. La discussion sur ce point amena un abaissement — de 50 à 40 ans — de l'âge requis pour l'adoptant. En effet, la possibilité accordée au père naturel de créer par l'adoption un lien entre son enfant et lui risquait fort d'être illusoire. De plus, on reconnaissait très généralement que l'âge de cinquante ans était trop élevé.

Les répercussions que cause l'adoption dans les rapports familiaux justifient la disposition nouvelle, qui exige le consentement du conjoint pour toute adoption de ou par une personne mariée.

CHAPITRE IV. — *De la tutelle et de la curatelle*

Les traits généraux de la législation nouvelle en matière de tutelle sont : le développement de la tutelle déléguée aux établissements ou organismes publics

et la réduction correspondante des cas où cette charge est assumée par des individus, l'élargissement du cercle des personnes pouvant être appelées à la tutelle, enfin une sûreté et une souplesse plus grandes dans l'activité des organes de la tutelle. Cette législation se complète par la grande loi du 28 juin 1916 sur la mise en tutelle et en interdiction.

Ont été révisés les articles suivants :

— De la dévolution de la tutelle.

Art. 192. — Il ne doit non plus, en règle générale, être conféré de tutelle aux personnes qui appartiennent à un ordre religieux ou à des étrangers (Nov. I, art. 21).

Ancien texte : « ...ou qui habitent les pays étrangers. »

Art. 193. — *Les femmes mariées pour être tutrices doivent avoir l'autorisation de leur mari, sauf s'il s'agit de leur propre enfant, si le mari est dément, si le lieu de son séjour est inconnu ou si le mariage est dissous* (Nov. I, art. 22).

Art 194. — On ne doit pas admettre à une tutelle déterminée, ceux que le père ou que la mère, appelée par la loi à la tutelle (art. 196), en ont expressément écartés ; ceux qui ont notoirement vécu en état d'inimitié avec les parents du mineur ou avec ce dernier lui-même, ni ceux qui sont engagés dans un procès avec le mineur. *Quant à la personne qui peut s'y trouver engagée par suite de l'existence de créances non réglées encore entre elle et le mineur, il appartient au Tribunal de décider s'il convient de l'écarter de la tutelle.* (Nov. I, art. 23).

Art. 195. — On ne peut obliger à se charger d'une tutelle : *les femmes, sauf la mère et la grand'mère ; les religieux ; les militaires et les fonctionnaires publics en activité de service, si ce service doit se prolonger ; ceux qui ont atteint leur soixantième année, ceux qui*

sont chargés du soin de cinq enfants ou neveux ou qui sont déjà pourvus d'une lourde tutelle ou de trois tutelles de moindre importance ; enfin, *les personnes dont le domicile est trop éloigné du siège du Tribunal des tutelles pour pouvoir assumer cette charge sans grosses difficultés et sans grands frais* (Nov. I, art. 24).

Art. 196. — La tutelle appartient avant tout autre à celui que le père ou, *si ce dernier n'a pas disposé à ce sujet, que la mère y a appelé*, lorsqu'aucun des empêchements énumérés dans les articles 191 à 194 ne s'y oppose. (Nov. I, art. 25).

Art. 197. — Lorsque la mère — *sauf le cas visé à l'article 196* — ou lorsque toute autre personne a laissé un héritage à un mineur et institué en même temps un tuteur, celui-ci ne doit être accepté qu'en qualité de curateur pour l'héritage laissé. (Nov. I, art. 25).

Art. 198. — Lorsqu'il n'a été *institué par testament* aucun tuteur ou que celui qui l'a été est incapable, la tutelle doit être déférée de préférence à *la mère légitime, ensuite au grand-père paternel, puis à la grand-mère paternelle*, enfin aux parents les plus proches ; et, en cas de concours de parents également proches, *en règle générale au plus âgé* (Nov. I, art. 26).

La grande innovation de ces articles est l'admission des femmes à la tutelle et l'abandon des privilèges qu'avait réservés à son sexe un législateur masculin. Reconnaisant que la femme prend aujourd'hui une part beaucoup plus grande à la vie économique, qu'elle subvient souvent elle-même à ses besoins, et que la majorité des mineurs ont peu ou pas de patrimoine, la vieille objection de l'incapacité de la femme à gérer ses affaires, sur laquelle se fondait son exclusion, était devenue dérisoire. L'intérêt même du mineur veut qu'en l'absence (toujours croissante) d'hommes capables et prêts à remplir les fonctions de tuteur, ce soin soit confié à une femme appartenant au cercle familial. La pratique avait déjà tenté d'admettre les fem-

mes à la tutelle, en arguant des mots « en règle générale » de l'article 192 ancien, qui prononçait leur exclusion. L'exclusion a disparu de l'article 192, ainsi que de l'article 198 les mots « du sexe masculin ». Le rôle actif des femmes dans les conseils de tutelle (nov. I, art. 38 à 41), le caractère non-obligatoire de la cotutelle (art. 211), la préférence donnée à la mère sur le grand-père dans la tutelle légale (art. 198), le droit pour la mère de nommer un tuteur à son enfant par testament, enfin l'admission de la tutelle de la mère naturelle sont autant de mesures propres à établir les femmes dans une situation qu'on n'aurait jamais dû leur refuser.

En examinant de plus près les dispositions nouvelles, on reconnaît que la règle de l'article 193 s'explique aisément par la communauté de vie des époux. Le désaccord du mari est irrévocable. S'il s'agissait toutefois d'enfants légitimes ou naturels de la femme, l'intérêt qu'elle a d'assumer la tutelle l'emporte sur celui du mari à l'en empêcher.

L'existence d'une créance entre le tuteur et le pupille n'est pas nécessairement une cause d'exclusion (art. 194). Une règle aussi rigoureuse aurait trop souvent pour effet d'écarter les personnes mêmes, qui seraient les plus aptes et les plus disposées à prendre la charge de la tutelle. Ce n'est qu'en cas de conflit réel d'intérêts qu'il importe de rejeter, pour la discussion de ces intérêts, la représentation du pupille par son créancier ou débiteur.

L'ancien article 194, qui dispensait de la tutelle celui qui ne résidait pas dans la province dont les tribunaux avaient compétence pour les actes du mineur, était anachronique. La distance, les frais, les difficultés d'administration sont seuls décisifs (art. 195; cf. art. 1786 C. C. allemand).

Le droit que possède le père de nommer un tuteur par testament (art. 196) est une conséquence de la puissance paternelle qu'il transmet de cette manière à

un autre. Ceci a été reconnu depuis Zeiller et l'est implicitement par la rédaction même de l'article 211 : « ...à la condition qu'au moment de son décès le père eût encore la puissance paternelle sur le mineur. » Puisque la mère se voit accorder le même droit de nomination, c'est que par une opération semblable il lui est possible de transmettre la tutelle de son enfant à autrui après son décès, lorsqu'elle-même détenait cette tutelle.

Nous avons fait allusion plus haut à la tutelle de la mère naturelle. Elle est cependant omise dans l'énumération de l'article 198. Mais il est certain que par application des articles 192 et 199 (5) on ne saurait la lui refuser ; et d'ailleurs, l'article 211 alinéa 4 prévoit cette hypothèse expressément. La commission voulut simplement lui refuser un droit à la tutelle (contra art. 1707 C.C. allemand) qui fut égal à celui de la mère légitime, sans qu'il y ait là une marque de réprobation. Mais on ne saurait se dissimuler que les conflits d'intérêts entre mère et enfant naturels sont plus fréquents qu'entre mère et enfant légitimes. Et on a jugé prudent de soumettre au jugement du tribunal l'opportunité d'une pareille dévolution de la tutelle.

Ont été aussi revisées les dispositions suivantes :
— De la tutelle déférée à une institution.

Art. 207. — *La nomination d'un tuteur peut ne pas avoir lieu aussi longtemps qu'un mineur, qui ne possède pas de biens mobiliers ou immobiliers, se trouve dans un établissement disciplinaire, ou une maison de correction, ou encore dans une institution publique ou privée reconnue par l'Etat et se consacrant*

(5) Art. 199. — Si la tutelle ne peut être déférée de la manière indiquée ci-dessus, le Tribunal choisira pour tuteur la personne qu'il jugera convenable suivant sa capacité, son état, sa fortune, et son domicile.

à l'assistance et à l'éducation des enfants. Il en est de même pour les enfants qui sont élevés dans une famille, sous la surveillance du directeur d'un établissement. Dans ce cas le directeur a les droits et les devoirs d'un tuteur. Existe-t-il pour lui des motifs personnels d'exclusion de la tutelle prévus par la loi, le Tribunal décidera s'il est aussi impropre à assumer cette charge en qualité de directeur de l'établissement.

Le Tribunal peut, sans tenir compte de l'admission du mineur dans un établissement, lui donner un tuteur s'il y va de son intérêt, ou garder en fonctions un tuteur déjà nommé. Ce tuteur ne peut exercer aucune influence sur l'éducation que reçoit le mineur dans l'établissement. (Nov. I, art. 50).

— De la tutelle déferée à l'autorité publique.

Art. 208. — *A la condition qu'il ne se trouve pas de tuteurs capables prêts à prendre la charge de la tutelle, ou si cette mesure est réclamée pour la défense effective des droits et intérêts des pupilles pauvres, la tutelle peut être déferée à un organe administratif approprié ou à une association pour la protection de l'enfance. Le soin de cette défense peut être limité à certains droits et devoirs qu'entraîne la tutelle. Les dispositions complémentaires feront l'objet d'une ordonnance.*

Le Tribunal peut rapporter sa décision dans l'intérêt des pupilles. (Nov. I, art. 54).

Alors qu'il n'y a guère de difficultés pour un mineur en possession d'un patrimoine ou qui appartient à une famille aisée de trouver un tuteur, il est pratiquement impossible pour les tribunaux des grandes villes et des centres industriels d'en recruter en nombre suffisant dans les classes pauvres. L'émigration des travailleurs manuels de la campagne vers la ville et d'une ville vers une autre a singulièrement relâché

le lien familial. Alors que la tutelle de mineurs étrangers à la famille, sans biens, apparaît toujours comme une charge, il leur faudrait précisément — et ceci est vrai surtout pour les enfants naturels — un représentant énergique et diligent. Les tribunaux ont usé des expédients les plus variés et les plus discutables pour faire face aux besoins ; et bien loin de faire le choix d'un tuteur, comme le voudrait la loi, considéreraient comme un succès d'avoir, après des tentatives infructueuses, mis la main sur une personne qui ne pouvait se prévaloir d'aucune cause de dispense. La conséquence de cet état de choses est le nombre croissant d'enfants abandonnés à eux-mêmes, qui tôt ou tard deviennent des épaves sociales. Puisque l'intérêt commun est en jeu, il est juste que la communauté intervienne par ses organes : d'où substitution à la tutelle individuelle d'une tutelle administrative, qui pourra être soit permanente, soit temporaire.

— De la co-tutelle.

Art. 211. — Le Tribunal doit nommer un co-tuteur à la femme tutrice :

1. lorsque la mère légitime a la charge de la tutelle et que le père a ordonné par testament la désignation d'un co-tuteur, à condition cependant qu'au moment de son décès le père eût encore la puissance paternelle sur le mineur ;

2. lorsque la tutrice le demande ;

3. lorsque le Tribunal dans l'intérêt du pupille le juge utile pour des motifs particuliers, notamment en raison des circonstances ou des difficultés d'administration du patrimoine ;

4. lorsque la mère naturelle est nommée tutrice et que l'assistance d'un co-tuteur est nécessaire pour la défense des intérêts des enfants naturels.

Dans le choix d'un co-tuteur, on aura égard avant tout à la volonté déclarée du père, puis à la proposi-

tion de la tutrice, enfin à l'avis des parents du mineur. (Nov. I, art. 27).

La nomination obligatoire d'un co-tuteur était contraire aux principes d'égalité des sexes établi par l'article 192. Dans la majorité des cas, le co-tuteur n'a pas de rôle actif. Il se borne à donner un avis. Et l'on peut, sans mettre en danger l'éducation et les intérêts du mineur, renoncer à son concours. Les circonstances toutefois peuvent rendre sa nomination nécessaire. La volonté du père est ici toute-puissante, car nul mieux que lui peut juger de l'opportunité d'adjoindre ce conseiller à sa femme tutrice. La femme, si elle se sent trop inexpérimentée, ou le tribunal, si l'intérêt du mineur le réclame, peuvent aussi provoquer sa nomination. Le caractère facultatif de la cotutelle présente cet avantage d'accroître le nombre des personnes susceptibles d'assumer la charge d'une tutelle, et, par ailleurs, d'affaiblir les objections que l'on pourrait élever contre la tutelle déferée aux femmes — en particulier à la mère naturelle.

Aucun conseiller ne peut être adjoint à la femme chargée d'une curatelle. Si cette charge est trop lourde pour elle seule, il appartient au tribunal de l'en écarter.

— Des cas où le mineur peut s'obliger sans le consentement de son tuteur.

Art. 246. — Le mineur peut *librement*, sans le consentement de son tuteur, *louer ses services par contrat*. Et ce n'est que *pour des motifs graves* que le tuteur peut *rompre prématurément ce contrat*. Le mineur peut disposer librement de tout ce qu'il a acquis par son industrie, de cette manière ou de toute autre, ainsi que des objets qui lui ont été remis pour son usage après avoir atteint la puberté ; il peut également s'obliger à leur égard. (Nov. III, art. 3).

Art. 247. — La haute tutelle peut abandonner au mineur qui a atteint sa *dix-huitième* année la libre administration de l'excédent net de ses revenus ; et il est autorisé à s'obliger de son chef relativement aux sommes ainsi confiées à son administration (loi du 6 février 1919).

Ancien texte : « ...sa vingtième année. »

Art. 248. — Tout mineur qui, après avoir atteint sa *dix-huitième* année (loi du 6 février 1919), se fait passer au cours d'une transaction pour majeur est responsable de tout le dommage, lorsque l'autre partie contractante n'était pas en mesure de pouvoir facilement vérifier la vérité de cette allégation avant la conclusion du contrat.

Un mineur *pubère* répond sur toute sa fortune de tout acte illicite, ainsi que des dommages causés par sa faute (Nov. III, art. 4).

Voir les observations sous l'article 152.

Il y avait quelque contradiction entre l'article 1308 ancien, qui fixait à sept ans l'âge de la responsabilité en matière de délit civil, et l'article 248 ancien, dans lequel n'apparaissait pas le mot « *pubère* » et où semblait être adopté l'âge de 20 ans. Si ce dernier était trop élevé, le premier l'était trop peu. La puberté (soit 14 ans) parut devoir satisfaire dans la majorité des cas et les deux articles furent modifiés en ce sens.

Les dispositions des articles 246 et 248 sont applicables aux actes des mineurs antérieurs au 1^{er} janvier 1917.

— De la fin de la tutelle.

Art. 252. — Le Tribunal des tutelles peut aussi, après avoir pris l'avis du tuteur et même s'il y a lieu des plus proches parents, accorder au mineur, qui a atteint sa *dix-huitième* année, une dispense d'âge, et le déclarer majeur. Si le tribunal permet au mineur

l'exercice d'un commerce ou d'un métier, il est, par ce seul fait, déclaré majeur. La déclaration de majorité produit les mêmes effets que la majorité réelle (loi du 6 février 1919).

Ancien texte : « ...sa vingtième année. »

Art. 255. — Le Tribunal des tutelles peut ordonner la destitution de la *femme* tutrice, lorsqu'elle se remarie. La femme tutrice remariée doit être démise de ses fonctions, lorsque l'approbation du mari à la charge de la tutelle lui est refusée. (Nov. I, art. 28).

Cette disposition n'est que la conséquence du principe établi par l'article 193 nouveau.

— Du conseil de tutelle.

Art. 284. — *Afin d'aider les tribunaux dans leur juridiction relative aux tutelles et curatelles, des conseils de tutelle sont créés. Leur organisation et leurs fonctions seront déterminées par une loi.* (Nov. I, art. 48).

C'est la première novelle elle-même, qui, dans ses articles 30 à 47, régle les attributions et les fonctions de ces conseils.

DEUXIEME PARTIE

DU DROIT RELATIF AUX CHOSES

Des choses et de leur division légale

Parmi ces dispositions d'introduction, les réformateurs ont glissé une règle nouvelle et originale, dont le but est d'encourager la vente à crédit des machines et dont l'avenir seul dira la valeur pratique.

— De l'accession.

Art. 297a. — Si des machines sont incorporées à un immeuble, elles ne seront pas considérées comme accessoires, lorsqu'avec le consentement du propriétaire de l'immeuble mention est faite au livre foncier qu'elles appartiennent à autrui. Ces machines prennent-elles la place d'autres semblables, qui étaient considérées comme accessoires, il faudra que la mention soit aussi acceptée par les personnes qui avaient un droit antérieurement inscrit au livre foncier. La mention perd son effet 5 ans après qu'elle a été prise : par la faillite ou la vente aux enchères après saisie, le délai cesse de courir. (Nov. III, art. 10).

Cette disposition a soulevé le plus vif intérêt et suscité de nombreuses observations (1).

(1) Zur Auslegung des § 10 der dritten Teilnovelle, par Dr. K. H. Sfradl, dans *Gerichtszeitung*, 1916, n° 29.

Elle semble vouloir détruire l'ancienne présomption de propriété de l'accessoire, existant au profit du propriétaire de la chose principale, et donner naissance à une notion nouvelle. Il n'en est rien : la commission s'est nettement exprimée sur ce point, elle maintient la notion d'accessoire, telle que la formule l'art. 294 (2). Elle n'a adopté de règle spéciale qu'afin de répondre à une nécessité économique évidente et de rendre moins périlleuse — partant, plus générale — la vente à crédit des machines. La modernisation des outillages et le développement industriel qui doit en résulter dépendent de la découverte d'une règle, qui satisfasse les intérêts des vendeurs comme ceux des acheteurs. Plus que la grande industrie, c'est la classe moyenne, la masse des petits patrons, qui réclame cette forme de crédit. Mais en la lui donnant, l'article 297a n'hésite pas à renverser l'effet traditionnel de la mention au livre foncier : car la mention jusqu'ici affirmait l'incorporation de l'accessoire à l'immeuble et écartait la possibilité d'une réserve de propriété. Tandis qu'aujourd'hui, tout au contraire, la mention établit la co-existence des deux propriétés, déclarant meuble une chose qui en fait est devenue immeuble. Il est à noter que l'article ne dit rien sur la qualité d'accessoire ou de chose principale des machines incorporées, qui n'ont été l'objet d'aucune mention de réserve de propriété.

A quel moment cette mention doit-elle être prise ? La solution stricte serait : antérieurement au montage de la machine, ou au plus tard à ce moment. Elle ne satisferait pas aux besoins de la pratique. L'usage en

(2) Art. 294. — On entend par accessoire ce qui est attaché à une chose à perpétuelle demeure. On y comprend non seulement l'accroissement d'une chose tant qu'il n'en est pas séparé, mais encore les choses accessoires sans lesquelles on ne peut faire usage de la chose principale, ou qui sont destinées à son usage perpétuel par la loi ou par la destination du propriétaire.

effet est de payer une fraction du prix à la commande, une autre lors de l'installation, la dernière à une date ultérieure. Si pour le paiement de cette dernière fraction l'acheteur se voit obligé, de manière inattendue, à demander des délais prolongés, le vendeur, qui n'a pas réservé sa propriété par une mention au livre foncier, ne les accordera que s'il lui est possible encore de prendre cette mention. Il convient donc d'adopter sur ce point une solution large.

Cette mention toutefois ne devra pas être prise pour une incorporation passagère. Les règles de l'accession, avons-nous dit, sont maintenues, qui veulent pour qu'elle ait lieu deux conditions : intention d'user de la chose suivant son but économique, intention d'en faire usage prolongé.

On peut se demander si le bénéfice de la disposition est réservé aux seuls vendeurs de machines, et si, par exemple, un industriel qui vendrait son usine (bâtimens et matériel) ne pourrait s'en prévaloir. Aucune raison décisive ne permet de refuser à cet industriel le droit de réserver la propriété des machines ; ce serait en fait pour lui la meilleure garantie de paiement du prix de vente.

La situation où l'acheteur de la machine n'est pas en même temps le propriétaire du fonds se présentera assez souvent dans les entreprises modestes pour que nous l'examinions brièvement : il faut bien reconnaître que la réserve de propriété du vendeur n'aura d'effet ici encore que par la mention, qui en sera faite au livre foncier. Mais la mention devra être prise sur un immeuble appartenant à un tiers, dont il sera nécessaire d'avoir le consentement préalable. Ce consentement le donnera-t-il ? Sans doute, le bailleur est-il intéressé à la prospérité de son locataire. Mais par cette mention, ne renonce-t-il pas expressément à son droit de gage sur les objets introduits sur les lieux par son locataire ?

Pour bien apprécier la situation, il faut observer

que l'article 1101, relatif au gage du bailleur, a été modifié, qu'il ne l'accorde plus sur tous les « *inventa ac illita* », mais le restreint aux seuls objets appartenant au locataire et aux membres de sa famille. Le bailleur ne subira donc en fait aucun préjudice en accordant son consentement.

Il en est tout autrement pour les créanciers hypothécaires de l'acheteur, dont le droit fut antérieurement inscrit au livre foncier. Leur droit portait sur une usine en pleine exploitation, batiments et matériel. Si une partie de ce matériel est remplacé et si les machines nouvellement acquises échappent à leur emprise par l'effet d'une mention de réserve de propriété, ce droit peut être fortement ébranlé. Il est juste que leur consentement préalable soit obtenu. Mais il ne faut pas, d'autre part, que la nécessité de ce consentement devienne un moyen de pression en exigeant par exemple l'achat de machines d'une marque déterminée. En ce cas, une décision judiciaire pourrait-elle suppléer au défaut de consentement du créancier ? Certains n'hésitent pas à l'admettre. Toute règle de droit, dit-on, est limitée par son but. Ce but serait dépassé si le débiteur était livré au bon vouloir du créancier, qui se donnerait le pouvoir d'imposer des conditions que la loi réprouve et que son droit ne comporte pas. Si le tribunal juge que le consentement du créancier à la mention ne met pas sa garantie en danger, il pourra substituer sa volonté à celle du défaillant.

Après cinq années, la mention n'a plus d'effet. Les machines perdent leur caractère d'objets distincts de propriété et redeviennent des accessoires soumis aux règles traditionnelles.

PREMIER LIVRE

Des Droits réels

CHAPITRE II. — *Du droit de propriété*

Deux points seulement de ce chapitre ont retenu l'attention au cours des travaux de revision. L'un et l'autre avaient soulevé des controverses. Il s'agissait d'abord de la détermination des obligations naissant du voisinage ; ensuite de l'étendue des prohibitions d'aliéner, totales ou partielles.

— Des droits naissant du voisinage.

Art. 364. — En général, le droit de propriété ne peut être exercé qu'à la condition de ne porter aucun préjudice aux droits des tiers et de respecter les limites fixées par les lois dans l'intérêt de l'ordre et des progrès du bien général.

Le propriétaire d'un fonds peut protester contre les incommodités d'un voisinage telles que : eaux d'écoulement, fumée, gaz, chaleur, odeur, bruit, ébranlement, etc... si du moins elles dépassent la commune mesure admise par les usages locaux et nuisent gravement à un emploi du fonds conforme à sa situation. Les empiétements directs sans titre particulier sont inadmissibles en toute circonstance (Nov. III, art. 11).

Art. 364a. — *Lorsque le préjudice exagéré est causé au fonds voisin par une entreprise minière ou un établissement agréé par l'autorité publique, le possesseur de ce fonds ne peut réclamer en justice qu'une indemnité adéquate, même lorsque le dommage est déterminé par des circonstances que l'autorité publique, lors de l'agréation, n'avait pas prises en considé-*

ration. (Nov. III, art. 12).

Art. 364 b. — *Un immeuble ne peut être fouillé de telle façon que le sol ou la construction avoisinant perde l'appui nécessaire, à moins que le possesseur du fonds n'y pourvoie autrement par des travaux de soutènement* (Nov. III, art. 12).

L'ancien article 364 interdisait déjà de porter par l'exercice d'un droit de propriété un préjudice à autrui. Mais des doutes s'étaient élevés sur le caractère délictuel de ce que les juristes appelaient des « immixtions » et des « impondérables » : eaux d'écoulement, fumée, gaz, chaleur, etc... Les opinions sur ce point se partageaient de manière égale. Le texte nouveau met fin à ces controverses : il condamne les empiètements directs et indirects sur le fonds voisin. En cas de préjudice causé indirectement, l'usage local déterminera dans quelle mesure il convient de le supporter. Au delà de cette mesure, le propriétaire lésé est en droit de protester.

Une exception est faite pour les entreprises minières et les établissements agréés par l'autorité publique, en raison de leur importance dans la vie économique du pays. Le propriétaire ne peut dans ce cas réclamer la suppression du dommage ; mais il est en droit de prétendre à une indemnité, alors même — chose remarquable — que les circonstances d'où naît le dommage n'ont pas été prévues (ce qui semble créer une responsabilité du fait de l'entreprise), ou que ce dommage résulte d'une négligence de l'autorité publique.

Ces diverses dispositions reproduisent les articles 906 à 909 du code civil allemand.

— Des prohibitions d'aliéner et de grever de charges.

Art. 364 c. — *Une prohibition contractuelle ou par acte de dernière volonté de vendre un bien ou un droit réel, ou de le grever de charges, oblige seulement*

le premier propriétaire, et non ses héritiers ou autres ayants cause. A l'égard des tiers, cette prohibition n'a d'effet que lorsqu'elle est faite entre les parents et les enfants légitimes, naturels, adoptifs ou leurs pupilles, ou encore les conjoints de ceux-ci. Il faut de plus qu'elle ait été mentionnée au livre foncier (Nov. III, art. 13).

Ecartons aussitôt de l'application de cet article, les restrictions apportées au droit de disposition dans l'intérêt d'un tiers : tel le cas de substitution fideicommissaire, pour lequel disposent les articles 610 et 613. L'article 364c vise les autres hypothèses, que le code jusqu'ici passait sous silence.

Et, tout d'abord, la prohibition a-t-elle un effet personnel ou un effet réel ? Le but de la commission était double : 1 — limiter dans le temps toute obligation *personnelle* de ne pas aliéner, obligation contraire à la libre circulation des biens ; 2 — reconnaître la validité *réelle* de la prohibition, lorsqu'un intérêt légitime le réclamait.

On évitait de définir la prohibition d'aliéner par une charge réelle, ce qui écarterait toute limitation à la preuve de son existence. Et, tout en l'accueillant, on lui laissait son caractère d'exception.

Pour réaliser la limitation dans le temps, on décidait que le premier acquéreur seul, à l'exclusion de ses héritiers ou ayants-cause, serait lié par la prohibition. On rejeta la solution, qui imposait un délai invariable pendant lequel elle aurait eu effet.

Pour sauvegarder un intérêt légitime, tel que la conservation du domaine familial, on admit que la prohibition, pour la période indiquée plus haut, pourrait être opposée à tous ; mais elle devait avoir reçu la publicité du livre foncier — condition qui rend impossible toute prohibition d'aliéner un objet mobilier.

La commission en outre exprima l'opinion que la prohibition pourrait n'avoir pas trait seulement à l'aliénation volontaire, mais pourrait porter encore sur

l'aliénation par voie d'exécution — ce qui lui donnait toute sa portée pratique.

Il est à remarquer que dans les concessions aux entreprises de distribution de force motrice, compagnies du gaz, d'électricité, les clauses interdisant l'aliénation ou la constitution de charges étaient fréquentes. La disposition nouvelle condamne leur emploi sans y rien substituer. Et quelques critiques furent élevées à ce sujet.

CHAPITRE V. — *De l'acquisition de la propriété par tradition*

L'innovation de ce chapitre consiste dans le traitement de deux questions négligées jusqu'ici : 1 — l'acquisition de la propriété des immeubles non inscrits au livre foncier ; 2 — l'acquisition de la propriété des constructions élevées sur le terrain d'autrui.

L'acquisition d'un droit de gage sur ces mêmes immeubles sera étudiée par le chapitre suivant.

Les actes d'acquisition que l'on vise ici sont ceux librement accomplis. L'acquisition de la propriété ou d'un droit de gage par voie d'exécution est réglée par ailleurs (loi d'exécution art. 90, 95, 253).

— Des différentes sortes de tradition.

2. POUR LES IMMEUBLES :

a) *Contrat.*

Art. 431. — Pour transférer la propriété de choses immobilières, l'acte translatif doit être inscrit sur les livres fonciers à ce destinés. Cette inscription s'appelle « intabulation ». (non révisé)

Art. 432. — *A cette fin, l'acquisition doit être constatée dans un acte légalisé, rédigé dans la forme*

requis pour la validité de l'opération, ou dans un acte public. (Nov. III, art. 16).

Art. 433. — Cet acte doit indiquer avec précision les noms des personnes qui aliènent et qui acquièrent la propriété ; la chose qui doit être transférée, *avec les lots qui la composent* ; le titre de l'acquisition, le lieu et l'époque précise de la conclusion du contrat ; et le vendeur doit faire dans cet acte, ou par acte séparé et signé, *une déclaration expresse qu'il consent à l'inscription au livre foncier.* (Nov. III, art 17).

Art. 434. — *Pour le transfert de la propriété des immeubles qui ne sont enregistrés dans aucun livre foncier, un titre dressé conformément aux prescriptions des articles 432 et 433 doit être déposé auprès du tribunal. Le consentement au lieu de porter sur l'inscription portera sur le dépôt du titre* (Nov. III, art. 18).

Art. 435. — *Il en est de même pour transférer la propriété de construction, qui ont été élevées sur le terrain d'autrui dans le dessein qu'elles n'y resteraient pas définitivement, lorsqu'elles ne sont pas les accessoires d'un droit de superficie.* (Nov. III, art. 19)

b) *Jugement ou tout autre acte judiciaire.*

Art. 436. — L'inscription (art. 431 à 433) ou le dépôt du titre (art. 434 et 435) est également nécessaire lorsque la propriété de choses immobilières ou d'une construction doit être transférée en vertu d'un jugement ayant force exécutoire, ou d'un acte de partage judiciaire, ou après la délivrance judiciaire d'une succession. (Nov. III, art 20).

c) *Legs.*

Art. 437. — De même, il est nécessaire pour acquérir la propriété d'un bien immobilier ou d'une construction légués *que la chose ait été transférée au légataire conformément aux dispositions des articles 431 à 435.* (Nov. III, art. 21).

L'absence de dispositions relatives aux immeubles.

non inscrits au livre foncier était une véritable lacune du code. Pour l'acquisition de la propriété, on s'efforçait par voie d'analogie de leur appliquer les règles de la tradition mobilière. Mais la création d'un droit de gage ne pouvait manifestement s'accommoder des exigences des articles 451 et 452 (3).

Quant aux constructions élevées sur le terrain d'autrui, il n'y avait pas sur ce point de lacune formelle dans le code. Ce sont, d'après les termes de l'article 297 (4), des meubles ; et elles furent traitées comme tels jusqu'ici par la théorie et la pratique. La commission s'écarte de cette façon de voir. Si ces constructions devaient être soumises aux règles applicables aux meubles, leur valeur comme objets de transaction et de crédit serait grandement problématique. La remise matérielle, en effet, ne réaliserait pas le but, qui est de révéler la transmission de la propriété, car le propriétaire du fonds apparaîtra toujours, de l'extérieur, comme le propriétaire du tout. Quant à l'établissement d'un droit de gage, la même objection, tirée des articles 451 et 452, se présente ici.

Une réglementation légale nouvelle s'imposait : le projet de 1912 ajoutait un alinéa aux articles 431 et 451 pour l'acquisition de la propriété et d'un droit de gage sur ces deux classes d'immeubles. Pour compléter cette réglementation, on élaborait la loi du 26 avril 1912 sur le droit de superficie, loi inspirée à la fois du code allemand (art. 1012 et suivants) et du code suisse

(3) Art. 452: — Pour la mise en gage de choses mobilières qui n'admettent pas de tradition corporelle de la main à la main, on doit se servir, comme pour la transmission de la propriété (art. 427), de signes qui permettent à chacun de reconnaître facilement qu'elles servent de gage. Celui qui néglige cette précaution est responsable du dommage qui en peut résulter.

(4) Art. 297. — Sont comprises également parmi les choses immobilières, celles qui sont élevées à demeure sur un fonds, telles que les maisons et autres édifices dans toute la hauteur de leur construction...

(art. 779) et qui est resté en dehors du cadre du code révisé.

La solution adoptée par le projet de 1912 était — pour les immeubles non enregistrés, comme pour les constructions élevées sur le terrain d'autrui — la transmission de la propriété par la remise du titre en présence de deux témoins ; et l'acquisition du droit de gage par le dépôt fait auprès du tribunal d'un titre légalisé par notaire ou en justice, qui indiquât nettement l'objet du gage, le montant de la créance, et, s'il y avait lieu, le taux de l'intérêt.

Il est à observer que si le projet traite en immeubles les constructions élevées sur le terrain d'autrui, il ne les définit pas comme tels ; aucune modification en effet ne fut faite aux articles 293 et 297, qui définissent les immeubles.

Survint la guerre, qui vit l'invasion de la Galicie et de la Bukovine et s'accompagna de la destruction de nombreux livres fonciers. Les dispositions des articles 431 et 451 prenaient une importance imprévue. Le gouvernement, au moment de la préparation de la troisième nouvelle, crut nécessaires quelques modifications aux solutions de la commission juridique. Il apparut que le meilleur moyen d'assurer la situation des immeubles, dans l'attente de la reconstitution des livres fonciers, était de grouper tous les titres, qu'ils servissent à fonder la propriété ou un droit de gage, auprès des tribunaux chargés du soin des livres fonciers. La publicité réalisée de cette manière sera satisfaisante dans presque tous les cas. Si l'on y ajoute l'obligation de dresser le titre selon les règles imposées pour l'inscription au livre foncier, la sécurité sera rétablie dans les transactions immobilières.

Observant que l'acquisition du droit aurait lieu à l'avenir tant à l'occasion d'immeubles non inscrits que d'immeubles inscrits au livre foncier ; que le fondement du droit, dans l'un comme dans l'autre cas, serait un titre tel qu'il permettrait de réclamer l'inscrip-

tion, il en résultait que les anciens articles 432 à 435 réglant les conditions à remplir par le titre, prenaient une signification d'une essentielle importance, qui dépassait le cadre de la législation sur le livre foncier. Et il convenait donc de réviser pour répondre à une situation nouvelle les dispositions de ces articles.

Les anciens articles 434 et 435 reproduisaient en substance les dispositions de la loi du 25 juillet 1871 sur le livre foncier. La modification essentielle est relative à la légalisation. Le mot « légalisé » (art. 432) n'est qualifié par aucun autre, et il en faut conclure que non seulement est valable la légalisation en justice ou par notaire, mais toutes celles qui sont admises par des lois récentes sur la simplification des formalités de légalisation.

Les articles 436 et 437 n'ont été retouchés que pour les mettre en accord avec les articles 434 et 435 nouveaux.

CHAPITRE VI. — *Du gage*

En dehors de modifications apportées à la rubrique de l'acquisition du droit de gage pour combler une lacune semblable à celle qui existait pour le droit de propriété (cf. art. 431), ce chapitre contient l'innovation, peut-être la plus importante du code nouveau ; la création d'une institution qui tend à « mobiliser le crédit foncier », sans entraîner les conséquences extrêmes des institutions similaires des codes suisse et allemand. Il s'agit du droit de disposition du propriétaire de l'immeuble sur l'hypothèque qui le grève. Le chapitre se termine par une règle nouvelle relative au droit de rétention, directement contraire à celle admise jusqu'ici.

Nous croyons utile pour la clarté de la terminologie de reproduire le texte de l'article 448 non révisé :

Art. 448. — Toute chose qui est dans le commerce peut être donnée en gage. Quand elle est mobilière, elle constitue un gage manuel ou un gage proprement dit ; quand elle est immobilière, elle constitue une hypothèque ou gage foncier.

— De l'acquisition du droit de gage.

b) *par dépôt du titre auprès du Tribunal.*

Art. 451. — Pour acquérir le droit de gage d'une manière certaine, le créancier muni d'un titre doit prendre la chose engagée sous sa garde, si elle est mobilière ; et faire enregistrer sa créance selon le mode déterminé pour l'acquisition de la propriété des biens-fonds, si la chose est immobilière. Le titre seul ne donne qu'un droit personnel sur la chose, mais non un droit réel à cette chose.

Le gage donné sur un fonds non enregistré, ou sur une construction, est acquis par le dépôt du titre qui l'établit auprès du tribunal. Le titre doit donner l'indication exacte de l'objet du droit, de la créance, avec une évaluation en chiffres, et en cas de créance portant intérêt, du taux de cet intérêt ; il faut en outre que la personne qui fournit le gage consente expressément au dépôt judiciaire. (Nov. III, art. 22).

Cet article n'a été que légèrement retouché par la troisième nouvelle, la solution étant en substance celle du projet de 1912.

Elle laisse subsister une lacune sur la question du rang qu'ont entre eux les droits de gage simultanés ou immédiatement successifs. Dans la réalité, le dépôt du titre auprès du tribunal, dont l'effet est de créer le droit, n'est pas un acte unique et instantané. Il y a d'abord remise du titre, puis décision judiciaire agréant le dépôt. Faut-il déterminer le rang d'après la remise ou d'après la décision judiciaire ? La chose est d'importance dans les cas de dépôts faits à date

très rapprochée. Dans le silence de la loi, il semblerait logique d'adopter la solution de l'article 29 de la loi du 25 juillet 1871 sur les livres fonciers, qui fait de l'inscription l'acte générateur de droit, mais détermine par la date de la demande d'inscription (accompagnée de la remise du titre) le rang que prendront les droits en conflit (5).

— Des droits et des obligations des créanciers gagistes.

La troisième nouvelle, dans ses articles 45 à 50, règle les modifications que l'on peut apporter au rang de priorité. Ces articles sont insérés à la suite de l'article 464 du code, dont ils ne font pas partie.

— De l'extinction du droit de gage.

Art. 469. — Le droit de gage cesse d'exister par l'extinction de la dette. Mais celui qui a donné le gage n'est tenu de payer la dette qu'à la condition d'une restitution simultanée du gage. L'extinction de la dette ne suffit pas pour faire main-levée d'une hypothèque. Un bien hypothéqué reste tenu jusqu'à ce que le titre de créance ait été rayé du livre foncier. *Jusqu'à ce moment, le propriétaire du bien peut sur le fondement d'une quittance ou d'un autre titre, prouvant l'extinction de la dette, transporter le gage sur une nouvelle créance, dont le montant ne dépasse pas celui de la créance éteinte.* (Nov. III, art. 33).

Art. 469 a. — *On ne peut renoncer à ce droit de disposition au moment où le gage est constitué. Si le propriétaire s'engage à l'égard d'autrui à laisser s'éteindre une hypothèque déterminée, il ne lui est plus permis de disposer de cette hypothèque, lorsque l'engagement qu'il a pris a fait l'objet au livre foncier d'une*

(5) Bemerkungen über den Erwerb des Pfandrechtes an bürgerlich nicht eingetragenen Liegenschaften. Dr. A. Rojic, dans *Gerichtszeitung*, 1917, N^o 14.

mention connexe à l'inscription de l'hypothèque. (Nov. III, art. 34).

Art. 470. — Après l'extinction de la dette (art. 469), ou s'il y a confusion (art. 1446), mais avant que le gage ait été rayé dans le livre foncier ou bien avant que le fonds ou le gage ait été transféré à autrui, si la chose hypothéquée est vendue aux enchères après saisie ou si elle est soumise à l'administration forcée, il ne sera tenu aucun compte de ce droit de gage dans le partage du produit de la vente.

Dans l'hypothèse seulement où la créance garantie continuerait d'exister contre un tiers, ou si une réparation est due au propriétaire pour son extinction (art. 1358), la part correspondante du produit de la vente serait attribuée au propriétaire. (Nov. III, art. 35).

Une réglementation plus détaillée est donnée dans les articles 37 à 43 de la nouvelle, insérés à la suite de l'article 470 du code, dont ils ne font pas partie. Enfin pour la clarté de la discussion, il est opportun de reproduire ici le texte de l'article 1446 nouveau, que nous étudierons plus loin :

Art. 1446. — Les droits et les obligations qui sont inscrits dans le livre foncier ne sont pas éteints par leur réunion tant que la radiation n'en a pas été opérée sur le livre (art. 526). *Jusqu'à ce moment, le droit de gage inscrit peut être transféré à un tiers par le propriétaire ou par voie d'exécution forcée* (art. 469, 470). (Nov. III, art. 36).

Ces dispositions, qui ont fait l'objet de nombreuses études (6), tendent à réaliser une meilleure utilisation

(6) Verfügung des Eigentümers über die Hypothek, par Dr. J. von Schey, dans *Gerichtszeitung*, 1916, N° 24, 25, 26.

— Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek nach den dritten Teilnovelle zum A.B.G.B., par Dr. B. Eisner dans *Gerichtszeitung*, 1917, N° 1, 2, 4, 13, 14.

— Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die zwangs-

du crédit foncier par la possibilité de garder libre le rang d'une hypothèque déterminée et d'éviter par là la nécessité d'accepter des conditions trop lourdes pour contracter un emprunt nouveau.

Mais elles altèrent quelques notions familières : la définition de l'hypothèque par un « *jus in re aliena* », ce qui entraîne la disparition par la confusion avec la propriété ; le caractère accessoire de ce droit, qui s'oppose à son maintien après l'extinction de la dette et à son transport sur une autre dette ; l'indivisibilité de l'hypothèque, qui fait qu'elle porte sur tout l'immeuble et sur toute sa valeur, avec ce corollaire que le droit de chaque créancier n'est limité que par celui, supérieur, d'un autre créancier, dont il prendra la place après sa disparition. Ce droit de progresser à mesure de la disparition des créanciers antérieurement inscrits a suscité de nombreuses critiques. Dans la plupart des cas, il est un avantage pour lequel rien ne fut donné en échange. Le créancier qui se contente, par exemple, d'une troisième hypothèque sur un immeuble déjà lourdement grevé aura probablement entouré son prêt de conditions sévères, telle le taux élevé de l'intérêt. L'avantage qui naît de l'extinction d'une créance antérieure doit donc plus justement revenir au propriétaire de l'immeuble, puisque la situation des créanciers postérieurement inscrits n'en est en rien diminuée. Le droit romain l'avait déjà compris et tentait d'adoucir la rigueur des principes par une suite de solutions d'exception. Mais le problème se posa, plus pressant, au cours des travaux législatifs du dernier demi-siècle. Sans nous arrêter aux législations bavaroise, prussienne et saxonne, qui toutes trois agitèrent la question, il faut noter qu'en Autriche même une

weise begründete Hypothek, par Dr. K. von Ohmeyer, dans *Gerichtszeitung*, 1917, N° 28.

— Teilzahlungen und das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek, par Dr. M. Hantsch dans *Gerichtszeitung*, 1919, N° 23, 24.

certaine doctrine, peu suivie, il est vrai, par la jurisprudence, s'était efforcée de soutenir par une interprétation très large des articles 469 et 1446 anciens, qu'il était possible de disposer de l'hypothèque éteinte, mais non rayée du livre foncier — du moins dans le cas de confusion des droits de gage et de propriété dans la même personne. Cette interprétation ne parvenait toutefois pas à déguiser que cette faculté de disposer exigeait l'accord du créancier, accord que le propriétaire n'aurait souvent pu acheter qu'au prix d'un sacrifice. Les lois autrichiennes sur la conversion de l'hypothèque (en 1888 et 1907) reconnurent de façon limitée le droit de disposition du propriétaire. Avec plus d'audace, le code allemand et le code suisse proposèrent des solutions nouvelles, qu'il nous faut examiner.

Dans le code allemand, l'hypothèque perd tout caractère accessoire : et toute espèce de droit de progression a disparu pour les créanciers postérieurement inscrits. Puisque l'hypothèque ne suppose plus de rapport obligatoire personnel — ce qui exigerait l'existence de deux personnes distinctes — et que le créancier hypothécaire n'a plus à espérer d'amélioration de son rang, il n'y avait aucune difficulté à donner au propriétaire le droit de disposer d'une fraction de la valeur de l'immeuble sous forme d'hypothèque inscrite à son nom. C'est ce que fit le code en adoptant l'institution de « l'hypothèque du propriétaire ». L'article 1163 dispose : « Si la créance pour laquelle l'hypothèque a été constituée n'a pas pris naissance, l'hypothèque appartient au propriétaire. Si la créance s'éteint, le propriétaire acquiert l'hypothèque ». Cette admission du propriétaire dans les rangs des créanciers n'a pas lieu seulement à la suite de l'extinction de la dette et de la confusion, mais, selon l'article 1163, toutes les fois que l'hypothèque n'a pas pris naissance ; ou que le tiers créancier l'a perdue dans les hypothèses des articles 1170 et 1171 : elle a lieu encore, s'il s'agit

non d'une hypothèque proprement dite, mais d'une dette ou d'une rente foncières (art. 1196 : « Une dette foncière peut aussi être constituée au profit du propriétaire lui-même »). La solution du problème est donc radicale.

Le code civil suisse adopta un autre système, celui de la case hypothécaire :

Art. 813 : « La garantie fournie par le gage est attachée à la case hypothécaire que lui assigne l'inscription. »

Art. 815 : « Lorsqu'un droit de gage a été constitué en rang postérieur et qu'il n'en existe pas d'autre qui le prime, ou que le débiteur n'a pas disposé d'un litre de gage antérieur, ou que la créance antérieure n'atteint pas le montant inscrit, le prix de l'immeuble est, en cas de réalisation, attribué aux créanciers garants, selon leur rang et sans égard aux cases libres ».

Alors qu'auparavant le gage immobilier était un droit indivisible, qui s'exerçait dans l'ordre où il était acquis, actuellement le créancier primé par un autre est censé consentir à l'être indéfiniment, non seulement par la créance originaire, mais par toute autre qui aura pris sa place. La garantie qui couvrirait la première créance éteinte est à la disposition du propriétaire, qui peut à nouveau l'utiliser. Le gage immobilier suisse est donc localisé sur une partie déterminée de la valeur de l'immeuble. Mais le code, par l'article 815, écarte les conséquences rigoureuses du système.

Contre l'admission de la solution allemande, la commission de revision fit valoir cette objection : L'hypothèque du propriétaire apparaît comme un droit abstrait sur une fraction de la valeur de l'immeuble, sans le fondement juridique d'une créance à couvrir. Elle n'est plus, en dépit de son nom, une hypothèque, mais bien une dette foncière, telle que la définit l'article 1191 du code allemand : « La dette foncière est une charge en raison de laquelle un immeuble est tenu, au profit de l'ayant-droit, du paiement d'une certaine

somme ».

Admettre l'hypothèque du propriétaire, c'était en fait admettre la dette foncière. Or cette institution, qui est une forme de mobilisation du crédit foncier, n'a pas rallié jusqu'ici tous les suffrages. Accueillie par une loi prussienne de 1872, cet exemple ne fut pas suivi dans les autres états ; et en Prusse même, elle n'eut que peu de succès. Le code civil suisse l'adopta aussi (art. 782), mais en l'entourant de précautions multiples (art. 848, 849). La commission se prononça à la fois contre la dette foncière et contre l'hypothèque du propriétaire, telle que l'a conçue le code allemand.

Elle ne voulut pas davantage du système de la case hypothécaire : il lui parut que l'exclusion totale du droit de progression pouvait être parfois injuste. L'argument, que cette progression représente un avantage pour lequel rien ne fut donné en échange et que tout rang défavorable est compensé par des conditions plus rigoureuses faites au débiteur, ne vaut pas dans les cas d'une hypothèque acquise par voie d'exécution, d'une hypothèque garantissant les créances nées du partage successoral, où le rang s'impose aux créanciers sans qu'il leur soit possible de corriger par des conditions spéciales ce qu'il peut avoir de défavorable. Une autre critique faite au système est que le feuillet du livre foncier relatif à l'immeuble ne donne plus une indication immédiate et claire de sa valeur comme instrument de crédit : des postes éteints depuis longtemps doivent encore être pris en considération, et c'est l'offre du propriétaire plus que le livre foncier, qui renseigne le prêteur sur le rang qu'il peut espérer.

Placée devant ces deux modèles, la commission ne se laissa entraîner par aucun d'eux et se prononça pour une solution moyenne, sans que l'on puisse voir là la marque d'un esprit étrangement conservateur ou d'une timidité à détruire la notion traditionnelle du gage. Mais il lui parut que l'on pouvait établir des règles ju-

ridiques répondant aux nécessités pratiques, sans apporter de changement radical dans le droit en vigueur et en évitant des conséquences qu'une logique extrême pourrait tirer d'une notion inédite du gage. La réglementation nouvelle sauvegarde à la fois l'intérêt du propriétaire et la clarté des inscriptions au livre foncier. Les normes, groupées sous le titre : le droit de disposition du propriétaire sur l'hypothèque, se caractérisent par :

1 — l'importante restriction apportée au droit de progression des créanciers postérieurement inscrits ;

2 — le maintien de l'hypothèque, matériellement éteinte, mais non rayée du livre foncier, comme objet possible d'une disposition ultérieure ;

3 — le droit pour le propriétaire de l'immeuble de disposer de l'hypothèque sans aucune sorte d'accord avec le créancier hypothécaire — soit qu'il en poursuive la mainlevée ; soit qu'il la transporte sur une autre dette, soit encore qu'au moment de la mainlevée, il en réserve le rang pour une hypothèque future, réserve qui aura effet pendant trois ans (art. 37 de la nouvelle) ; soit enfin qu'il donne à une hypothèque nouvelle le rang d'une hypothèque encore existante, à la condition que celle-ci sera rayée dans le délai d'un an (art. 38 de la nouvelle) ;

4 — enfin, dans certaines hypothèses, la protection du propriétaire contre un enrichissement, à ses dépens, des créanciers postérieurement inscrits, en lui attribuant sur le produit de la vente par exécution forcée la part qui correspond au rang de l'hypothèque éteinte.

— Nature du droit de disposition du propriétaire.

Si on entreprend d'analyser de l'extérieur, par ses effets, le droit de disposition, on observe qu'une distinction très nette est faite entre deux hypothèses : d'une part, celle où l'hypothèque non rayée est fondée

sur un droit que délient le propriétaire de l'immeuble contre le patrimoine d'un tiers, soit que la créance garantie par l'hypothèque continue d'exister contre ce tiers, soit que le paiement, qui éteignit cette créance, soit dû au propriétaire ; d'autre part, celle où il n'existe pas de semblable droit.

L'idée qui justifie cette distinction, c'est que dans le premier cas l'intérêt du propriétaire ne se limite pas au seul droit de disposer du rang de l'hypothèque afin de s'assurer un crédit nouveau, mais qu'ayant lui-même accordé du crédit il est en droit de trouver dans l'immeuble une garantie pour sa créance contre le débiteur principal ; alors que dans le deuxième cas, où le propriétaire, ayant éteint sa propre dette, n'est créancier de personne, le but poursuivi n'est que la mise en valeur plus efficace de son crédit réel.

Cette distinction apparaît dans les textes, en particulier dans l'article 470 (1^{er} et 2^e alinéas). Les deux cas y reçoivent un traitement différent : le propriétaire, qui est en même temps le débiteur véritable, se voit accorder sur l'hypothèque un libre droit de disposition, dont les modalités ont été indiquées plus haut (art. 469, nouvelle III art. 37 et 38), et s'il n'use pas de ce droit, son inaction profitera aux autres créanciers. Mais lorsque le propriétaire n'est pas aussi le débiteur principal, il peut en outre, lorsqu'on en vient à l'administration forcée ou à la vente aux enchères après saisie, avant qu'il ait fait usage de son droit de disposition, faire valoir son hypothèque au cours de la procédure de partage comme tout autre créancier hypothécaire.

Tandis que dans le premier cas, écrit Eisner, le droit du propriétaire est un simple droit au renouvellement de l'hypothèque ou à la réserve de son rang — idée déjà apparue dans la législation antérieure — dans le deuxième, le droit de disposition est muni de tels effets que l'on se trouve en présence d'une véritable hypothèque sur un bien personnel, c'est-à-dire une hy-

pothèque du propriétaire telle que la définit le code allemand, bien que la commission ait évité d'user de ce terme et qu'elle ait refusé de permettre l'inscription directe, même temporaire, au nom du propriétaire (contra art. 1177 et 1196 C.C. allemand).

La commission juridique ne souscrirait pas entièrement à ces lignes. M. von Schey, dans son rapport comme dans ses articles de la *Gerichtszeitung*, fait une analyse plus serrée de ce que M. Eisner appelle « un simple droit au renouvellement de l'hypothèque » :

Le maintien de l'obligation pesant sur l'immeuble (*Haftung*) (7) n'est que le fondement sur lequel repose la faculté de disposition réservée au propriétaire. Mais cette faculté ne se réalise pas pour lui par l'acquisition de l'hypothèque, en tant qu'hypothèque, ainsi qu'il en est dans le code allemand (art. 1163). Elle est plutôt un droit indépendant produit par la propriété et qui se traduit par la possibilité de conserver ouvert à des transactions futures le rang de priorité que l'extinction de la dette a rendu libre. Ce droit appartient au propriétaire actuel jusqu'à la radiation de l'hypothèque ; en cas de transfert de la propriété, il passe à l'acquéreur. De la sorte, disparaît une suite de difficultés, que faisait naître « l'hypothèque du propriétaire » du code allemand, acquise définitivement par celui qui au moment de l'extinction de la dette était propriétaire. D'autre part, « l'hypothèque du propriétaire » étant un élément de son patrimoine est soumise à la saisie de ses créanciers éventuels hypothécaires ou chirographaires. Il doit en être autrement si la réforme vise à maintenir, au profit du propriétaire, la situation juridique résultant de l'inscription au livre foncier et à lui permettre une utilisation meilleure de

(7) Diverses définitions ont été données de la « *Haftung* ». La meilleure est celle qu'en a donnée M. Levy-Ullmann : « La soumission à la mainmise éventuelle de celui à qui la prestation due n'a pas été faite. »

son crédit réel, en écartant du rang devenu libre les créanciers postérieurement inscrits. Et le silence sur ce point de l'article 469 (extinction de la dette garantie), s'opposant aux termes de l'article 1446 (confusion), montre assez clairement que telle est bien la solution qu'adopta la commission.

Si l'on veut pénétrer la nature du droit du propriétaire à l'aide des mots dont se sert l'article 469, il nous faudrait analyser la phrase : « le bien hypothéqué reste tenu (verhaftet) jusqu'à ce que le titre ait été rayé du livre foncier ». Il est douteux que « Haftung » ait ici un sens rigoureusement technique. Mais l'emploi de ce mot indique cependant assez nettement qu'il ne s'agit pas d'un droit de gage (Pfandrecht), surtout si l'on se souvient que l'article 449 énonce expressément qu'il ne peut exister de droit de gage là où il n'y a pas de créance garantie. Ce n'est donc pas par inadvertance que l'article 469 dit : « le bien reste tenu » et non « l'hypothèque continue d'exister » (voir la rédaction de l'article 1446). Et la proposition que « l'extinction de la dette ne suffit pas pour faire mainlevée de l'hypothèque » signifie que quelque chose de l'hypothèque subsiste, qui est précisément cette « Haftung » dont il est question immédiatement après. Quel est l'effet actuel de la « Haftung » de l'article 469, où elle apparaissait déjà avant la revision du texte ? De fonder, après l'extinction de la dette, une obligation persistante de l'immeuble, réelle parce que opposable aux tiers intéressés, les créanciers postérieurement inscrits. Cette obligation, sans donner naissance à un droit réel plus étendu, tel que « l'hypothèque du propriétaire », lui assure la possibilité de créer avec le rang devenu libre des gages nouveaux pour des dettes nouvelles et dresse un obstacle à la progression d'obligations réelles postérieures. En usant de la terminologie d'une doctrine récente, c'est un cas d'obligation pure d'une chose (reine Sachhaftung), d'une obligation sans rapport de dette ou de créance (Haftung ohne

Schuld, ohne Schuldnerschuld, ohne Gläubigerschuld).

Il est à remarquer que, dans au moins un autre cas, le code parle d'une « Haftung », qui se caractérise par l'insaisissabilité à l'égard des tiers intéressés : il s'agit de l'article 150, où il est dit que le revenu des biens laissés à l'enfant, mais dont le père a l'usufruit, sont toujours affectés à l'entretien de l'enfant (für den Unterhalt des Kindes haften), c'est-à-dire qu'« ils ne peuvent, au détriment de celui-ci, être saisis par les créanciers du père ».

— Conditions d'existence du droit de disposition.

Le droit de disposition du propriétaire prend naissance dans deux cas :

1° soit qu'il y ait confusion des droits de propriété et de gage, hypothèse que nous étudierons à l'occasion de l'article 1446 ;

2° soit que la dette garantie se trouve éteinte par l'un quelconque des modes suivants (article 469) :

le paiement par le débiteur ou par un tiers qui ne s'est pas fait subroger dans les droits du créancier (art. 1422) ;

la dation en paiement (art. 1414) ;

le dépôt en justice (art. 1425) ;

la compensation (art. 1438) ;

la confusion de la créance et de la dette (art. 1445), qu'elle soit accompagnée ou non de la confusion des droits de propriété et de gage (art. 1446) ;

la remise de dette, quand elle est faite sans réserve de la garantie ;

la novation (art. 1377), cas dans lequel le code dérogeait aux principes d'accessorité du gage, en admettant son transport sur la créance nouvelle sans le consentement des créanciers primés (art. 1378) ;

l'expiration du délai pour lequel l'obligation a été contractée, la réalisation d'une condition résolutoire, ou l'impossibilité d'une condition suspensive ;

la prescription de la dette, lorsqu'elle ne coïncide pas avec celle de l'hypothèque.

Quant à la prescription de l'hypothèque, indépendante de celle de la dette, elle aura le même effet, car l'article 1499 permet au propriétaire de réquerir en ce cas la radiation de l'hypothèque, tant que les droits d'un tiers n'en seront pas lésés, et l'esprit de l'article 469 nouveau indique nettement qu'au lieu de poursuivre cette radiation le propriétaire pourrait de même disposer de l'hypothèque ou en réserver le rang.

Enfin dans le cas de reprise de dette, le tiers propriétaire de l'immeuble pourrait aussi disposer de l'hypothèque, si la reprise avait lieu sans son consentement (art. 1407).

L'extinction de la dette, dans la multiplicité de ses modes, est une condition essentielle de la naissance du droit. Cela implique l'existence préalable de la dette et écarte la possibilité, admise par l'article 1163 du code allemand, pour le propriétaire de disposer de l'hypothèque, si pour quelque raison la dette n'avait pas pris naissance ou n'était pas valable.

On peut se demander si le propriétaire acquiert le droit de disposition en cas d'extinction partielle de la dette garantie. Si le créancier par la réglementation nouvelle perd l'espoir d'améliorer son rang, il serait assurément injuste qu'il ait aussi à souffrir de droits concurrents dans le rang qui lui est dévolu. Aussi décide-t-on que si le droit de disposition prend effectivement naissance pour le propriétaire à concurrence de la partie libérée de la dette, les créanciers nouvellement inscrits ne viendraient toutefois qu'après le créancier ancien — solution souple que ne permettrait pas, par exemple, le système rigide de la case hypothécaire.

Le projet gouvernemental de 1907 avait fait ici une exception pour les prêts sur hypothèque remboursables par annuités. Il lui paraissait que cette forme du crédit serait discréditée s'il était possible pour le

propriétaire, à mesure de sa libération et grâce à elle, de se procurer toute une série de prêts minimes, chacun garanti par une hypothèque. Mais la commission de la Chambre des Seigneurs considéra que cette exception paralysait le propriétaire jusqu'au paiement de la dernière annuité ; l'empêchait de trouver un crédit nouveau, mesuré à son degré de libération, que le rang de l'hypothèque partiellement amortie l'aiderait à trouver ; qu'il n'avait d'autre ressource que d'offrir le dernier rang à son nouveau prêteur, dont l'unique souci serait, avant l'amortissement complet, de provoquer l'exécution de l'immeuble ; et qu'ainsi on atteindrait un résultat directement opposé à celui que l'on poursuivait. Aussi la commission repoussa-t-elle l'exception prévue par le projet gouvernemental.

Une autre condition exigée par l'article 469 est la présentation d'une quittance ou d'un titre reconnaissant l'extinction de la dette par remise, prescription ou pour toute autre cause, qui doit être indiquée (art. 94, loi du 25 juillet 1871 sur le livre foncier). Cette condition existe aussi, bien que non énoncée pour l'article 1446. Il est remarquable que le titre qui par lui-même ne fait que constater l'extinction d'une dette, lorsqu'on l'applique au droit du propriétaire dont l'immeuble était hypothéqué, devienne par la force de la loi le titre sur lequel se fondent la survie du droit de gage et son transfert sur une autre créance.

Le droit de disposition ne peut s'exercer que sur une hypothèque définitive, et non sur celle qui n'aurait été que prénotée. L'hypothèque peut être judiciaire aussi bien que conventionnelle.

En cas d'hypothèque de garantie (art. 14 de la loi de 1871, art. 1190 du C.C. allemand), constituée de telle manière que le chiffre maximum à concurrence duquel l'immeuble est affecté soit seul déterminé, la fixation de la créance demeurant réservée quant au surplus, le droit de disposition ne saurait exister que

si une créance a déjà pris naissance, ce qui devra être prouvé au moment du transfert de l'hypothèque sur une créance nouvelle.

Observons enfin que la réglementation nouvelle du code rejette toute possibilité, admise par l'article 1196 du code allemand, de *constituer* une hypothèque au profit du propriétaire ; il faut toujours que l'hypothèque ait été constituée au profit d'un tiers, puis soit devenue libre, pour que le propriétaire puisse en prendre le rang. Le but dans les systèmes allemand et suisse est d'assurer une utilisation rationnelle de son crédit, par le propriétaire foncier, en lui permettant un arrangement anticipé des hypothèques en vue de ses besoins futurs et prévisibles. Ce but, on ne peut l'atteindre sous l'empire de la législation autrichienne que d'une manière moins satisfaisante, en usant de la mention du rang de priorité prévue par l'article 53 de la loi sur le livre foncier. Cette mention devait auparavant être suivie, dans les soixante jours, de l'inscription ou de la prénotation de l'hypothèque ; faute de quoi elle perdait effet. La troisième novelle a porté à un an le délai, augmentant ainsi grandement la valeur pratique de cette disposition.

— Contenu et effets du droit du propriétaire.

Nous avons indiqué que le propriétaire pouvait soit poursuivre la mainlevée de l'hypothèque, soit en disposer. S'il choisit la deuxième alternative, il n'a pas à craindre de se heurter à une radiation opérée à la demande du créancier ; car il résulte clairement des dispositions nouvelles, bien qu'elles ne le visent pas expressément, que seul le débiteur est en droit de faire rayer l'hypothèque. L'opinion contraire enlèverait toute valeur pratique à l'innovation adoptée.

Le droit de disposition peut affecter plusieurs modalités : 1° la mention faite au livre foncier, au moment de la mainlevée de l'hypothèque, de la réserve

de son rang au profit d'une hypothèque nouvelle à constituer, à concurrence de la même somme, dans un délai de trois ans (Nov. III, art. 37) ; 2° l'inscription au rang d'une hypothèque antérieure encore existante, d'une hypothèque nouvelle pour une somme égale ou inférieure, la validité de l'inscription étant subordonnée à la mainlevée de l'hypothèque antérieure dans le délai d'un an (Nov. III, art. 38) ; 3° enfin, modalité qui réalise directement le but recherché et ne se borne plus à donner au propriétaire un délai pour exercer son droit — le transport immédiat de l'hypothèque garantissant la créance éteinte sur une créance nouvelle (art. 469). Ce n'est pas là une cession de l'hypothèque, mais un changement du « pourquoi » de l'obligation pesant sur l'immeuble. La position des créanciers postérieurs ne s'en trouve en rien diminuée, à la condition toutefois que le montant de la nouvelle créance garantie ne dépasse pas celui de l'ancienne. Mais dans ces limites, le propriétaire a pleine liberté de substituer plusieurs créances hypothécaires à celle éteinte, ou de mettre aux rangs successifs de plusieurs créances hypothécaires une seule créance nouvelle. Dans le montant de la créance, qui limite le droit de disposition du propriétaire, il ne faut comprendre ni les intérêts, ni les prestations accessoires (clause pénale conventionnelle), ni le paiement des frais dus aux créanciers — solution admise déjà par l'article 1178 du code allemand.

Le bénéficiaire de l'inscription nouvelle peut être un tiers, ou aussi le créancier payé. Il n'y a de restriction que pour le propriétaire, au nom duquel l'inscription ne peut pas être prise. Il est cependant possible dans le cas de vente de l'immeuble, pour le propriétaire vendeur, de disposer à son profit d'un rang devenu libre afin de garantir le paiement du prix ; mais en réalité, c'est l'acheteur, nouveau propriétaire, qui exerce ici le droit de disposition au profit de son vendeur.

Le transport immédiat de l'hypothèque sur une créance nouvelle sera la modalité la plus pratique lorsque le besoin de crédit est pressant, tandis qu'il conviendra d'opter pour la réserve du rang de priorité, si le crédit n'est réclamé ou ne peut se trouver que dans un certain délai. Mais le but de cette dernière modalité, qui est d'assurer au propriétaire la possibilité de disposer dans l'avenir de l'hypothèque devenue libre, semble pouvoir être atteint par lui en s'abstenant simplement de poursuivre la radiation de l'hypothèque au livre foncier. En ce cas, et si les hypothèses prévues par l'alinéa 2 de l'article 470 se réalisent, le simple droit de disposition se trouve singulièrement renforcé par le droit de prendre sa part du produit de la vente de l'immeuble. De plus, il n'y a pas d'autre limitation dans le temps à sa faculté de disposition que la mise aux enchères après saisie, alors que s'il y a eu réserve du rang de priorité, la loi impose un délai invariable. Mais il n'est pas sans danger, il faut le reconnaître, de ne pas poursuivre la radiation de l'hypothèque éteinte en fait : outre la possibilité pour le créancier payé, mais encore inscrit, de céder son droit à un tiers de bonne foi, qui pourrait forcer le propriétaire à un nouveau paiement, il y a celle de la saisie opérée par les créanciers de celui-ci dans les cas où elle est possible (art. 1446), ce qui rendrait illusoire son droit de disposition, tandis que la mention de la réserve du rang soustrait complètement le droit du propriétaire à l'action de ses créanciers.

— Renonciation au droit de disposition.

La question est résolue par l'article 469a, dont la rédaction a fait l'objet de quelques critiques. Le projet gouvernemental faisait d'ordre public la disposition de l'article 469. C'était aller un peu loin. Ce que l'on voulait surtout, c'était empêcher qu'à l'avance,

dès le moment où l'hypothèque était constituée, on convint que le propriétaire, au cas d'extinction de la dette, s'interdisait d'user de son droit et, par conséquent, que les créanciers postérieurement inscrits amélioreraient automatiquement leur rang. C'est ce que veut exprimer l'article 469a, où deux hypothèses sont envisagées :

1 — Accord entre le propriétaire et le créancier sur l'hypothèque duquel le propriétaire s'interdit l'exercice de son droit. Pareil accord est prohibé, du moins « au moment de la constitution du gage ». Peut-on déduire de ces mots que plus tard il en serait autrement ? Les avis se partagent sur ce point (Eisner, pro ; Apfelbaum, contra). Une partie de la doctrine et de la jurisprudence allemandes admet la possibilité d'un accord ultérieur, dans l'interprétation de l'article correspondant du code civil allemand (art. 1179). Le danger de cette admission est que l'on ne perde trop vite de vue toute idée de restriction.

2 — Accord entre le propriétaire et « autrui », soit au moment de la constitution de l'hypothèque, soit plus tard, par lequel est exclu l'exercice du droit de disposition du propriétaire, en cas d'extinction de la dette. « Autrui » peut être un tiers désintéressé (le texte ne dit pas, en effet, s'il doit exister entre le propriétaire et lui d'autre lien de droit que cet accord) ou, plus normalement, un prêteur, qui accepte un rang défavorable, à la condition expresse qu'il l'améliorera dans le cas où une dette antérieure s'éteindrait. Ecarter la possibilité d'un accord ici n'aurait d'autre résultat que de rendre plus onéreux les prêts sur 2^e et 3^e hypothèque (même solution dans art. 1179 C.C. allemand ; art. 814 C.C. suisse).

Pour que la renonciation au droit de disposition ait effet à l'égard des tiers, il faut qu'elle ait été mentionnée au livre foncier, en regard de l'hypothèque dont on veut assurer la radiation. Dépourvue de cette mention, elle vaut entre parties. Il est certain, en par-

ticulier, qu'elle permettrait au créancier postérieurement inscrit d'opposer l' « exceptio doli » au propriétaire, si celui-ci, au cours de la procédure d'exécution et au mépris de la renonciation, cherchait à s'opposer à l'amélioration du rang du créancier et voulait affirmer les droits que lui confère l'article 470 alinéa 2.

— Des effets de l'exécution forcée.

L'article 470 détermine ce qu'il advient du droit du propriétaire, né soit de l'extinction de la dette (art. 469) soit de la confusion (art. 1446), lorsqu'une procédure d'exécution est entamée avant qu'il en ait fait usage. Si le fondement de ce droit était une « hypothèque du propriétaire », la réponse serait claire : Le propriétaire de l'immeuble viendrait à son rang comme tout autre créancier hypothécaire. Mais la réglementation nouvelle ignore cette hypothèque, et, comme nous l'avons dit plus haut, distingue nettement entre deux cas : 1. — Le propriétaire est aussi le débiteur principal (art. 470, alinéa 1). Il est alors exclu du partage du produit de l'exécution forcée. Il a paru inadmissible que le propriétaire put prélever une part de ce produit au détriment des créanciers hypothécaires postérieurs, alors que par l'exercice de son droit de disposition il aurait sans doute réussi à éloigner l'extrémité à laquelle il se trouve réduit. D'ailleurs, pratiquement, cette part du produit ne serait qu'un nouvel élément sur lequel s'exercerait le droit d'exécution des créanciers, soit hypothécaires s'ils n'arrivent pas en rang utile, soit chirographaires. La solution adoptée semble donc juste et raisonnable. On a soutenu que cette solution serait en tous cas sans valeur pratique : car le propriétaire aurait soin de transférer au moment opportun l'hypothèque dont il peut disposer à un tiers, qui ne serait qu'un acquéreur de complaisance. Mais on doit reconnaître qu'il n'est pas indifférent qu'un résultat

déterminé ait été atteint avec l'assentiment de la loi ou par une voie détournée ; car, en ce dernier cas, une annulation est toujours possible.

2 — Le propriétaire n'est pas le débiteur principal (art. 470, al. 2). C'est notamment le cas de l'article 1358. Un intérêt du propriétaire digne d'être protégé apparaît ici : Ayant lui-même accordé du crédit, il est en droit de trouver dans l'immeuble une garantie pour sa créance contre le tiers débiteur principal ; l'amélioration du rang des créanciers postérieurement inscrits serait pour eux un enrichissement injustifié, à ses dépens. Il convenait donc de l'admettre au partage.

Ce droit du propriétaire de se voir attribuer une part du produit de la vente est, comme tout autre droit soumis à la saisie de ses créanciers ; et cela non seulement dans l'hypothèse de l'article 1446, dont la rédaction implique la possibilité de cette saisie, mais encore dans celle de l'article 469. Nous avons dit que le droit de disposition de l'article 469 était insaisissable ; aussi faut-il se garder de le confondre avec le droit d'attribution. La saisie de celui-ci est une assignation conforme aux règles légales d'une créance existant déjà contre un tiers ; la saisie de celui-là serait le transfert par voie d'exécution, sur une créance nouvelle, d'un droit de gage éteint, mais non rayé — un mode d'exécution que la loi autrichienne ignore. Et il en résulte que cette saisie du droit d'attribution, dans l'hypothèse de l'article 469, ne peut pas avoir lieu avant que la procédure d'exécution soit complètement engagée, puisque jusqu'à ce moment il n'y a pas pour le propriétaire de droit d'attribution, mais un simple droit de disposition.

— Du droit de rétention.

Art. 471. — *Toute personne tenue de restituer une chose, peut la retenir pour garantir les créances nées soit des frais qu'elle a faits pour elle, soit des dom-*

mages que cette chose lui a causés. Elle ne peut être condamnée à la restitution qu'après l'exécution trait pour trait de la contre-prestation. L'exercice du droit de rétention peut être écarté par la prestation d'une garantie. Cette garantie ne peut être une caution. (Nov. III, art. 52).

L'ancien article 471, qui refusait de reconnaître le droit de rétention, était l'objet de critiques nombreuses. Une réforme s'imposait, faite dans l'esprit qui anime sur ce point les législations modernes (art. 273, 274, 320-322 C.C. allemand; 895-898 C.C. suisse).

Dans le sens large, on peut entendre par droit de rétention, dans les rapports juridiques à titre onéreux, le droit qu'a le débiteur de refuser la prestation due aussi longtemps que le créancier n'a pas effectué la contre-prestation. L'article 1052 règle ce droit.

Dans le sens étroit, l'on vise le droit de refuser à autrui la restitution d'un objet lui appartenant, en raison de prétentions nées à l'occasion de cet objet. C'est de ce droit de rétention proprement dit que s'occupe l'article 471. Il le reconnaît de manière générale ; mais comme des abus peuvent aisément se produire dans l'exercice de ce droit, la commission apporta prudemment, par l'article 1440, quelques exceptions à la règle, là où l'abus s'accompagne d'une violation de la confiance accordée.

Le droit de rétention ne peut s'exercer que sur des objets corporels et non sur « toute prestation due », comme le veut l'article 273 du code allemand, ce qui entraînerait une certaine incertitude dans l'interprétation. La créance permettant l'exercice du droit doit être échue. Une solution contraire ouvrirait la porte à tous les abus. Il faut de plus que cette créance soit née à l'occasion de l'objet à restituer. En particulier, par « dépenses faites pour la chose », on entend non seulement celles faites pour sa conservation, mais encore celles faites pour son acquisition (exemple : ré-

tention de la chose donnée en gage, en cas de non validité du contrat de prêt ou de gage, jusqu'à restitution de la valeur donnée en échange).

Les deux dispositions finales de l'article sont empruntées aux articles 273 et 274 du code allemand.

CHAPITRE VII. — *Des servitudes*

Deux retouches seulement à signaler en cette matière, qui tendent à mettre les textes en harmonie.

— Du mode d'acquisition des servitudes.

Art. 481. — Le droit réel des servitudes sur les choses qui sont inscrites dans le livre foncier ne peut être acquis que par l'inscription sur ce livre.

Pour l'acquisition d'un droit réel de servitude sur un fonds non enregistré ou sur une construction (art. 435), le titre légalisé établissant la servitude doit être déposé auprès du tribunal ; sur toutes autres choses, on l'acquiert par les modes de tradition indiquées aux articles 426-428. (Nov. III, art. 23).

La solution nouvelle pour les fonds non enregistrés et les constructions est identique à celle de l'article 451, relatif à l'acquisition du droit de gage.

— Des droits naissant de l'existence d'une servitude.

Art. 485. — Aucune servitude ne peut être séparée arbitrairement de la chose sur laquelle elle est établie, ni être transportée sur une autre chose ou à une autre personne. Toute servitude est aussi considérée comme indivisible en ce sens que le droit établi sur le fonds ne peut être, *sauf les cas de l'article 847*, ni altéré, ni divisé par l'augmentation, la diminution, le morcellement du fonds (Nov. III, art. 26).

L'article 847 a trait au partage d'un fonds commun et sera étudié plus loin.

CHAPITRE VIII. — *Du droit successoral*

Le traitement de l'indignité par le code de 1811 était jugé aujourd'hui trop rigoureux. Il fallait y apporter quelque adoucissement. Un autre point dans ce chapitre était entouré de doute, et devait faire l'objet d'une revision : c'étaient les conditions et la forme d'une renonciation à une succession. Les dispositions actuelles donneront pleine satisfaction.

— Des causes d'indignité.

Art. 540. — Celui qui *a commis un délit* dont souffre la personne de qui il devait hériter, est exclu comme indigne du droit de succéder, si l'on ne peut présumer, d'après les circonstances, que le défunt lui a pardonné. (Nov. III, art. 63).

Art. 541. — Les descendants de celui, qui s'est rendu indigne de succéder, sont appelés à sa place selon la dévolution légale, alors même que l'indigne a survécu au défunt. (Nov. III, art. 64).

Ces dispositions tendent à réduire les effets de l'indignité. Au lieu de l'énumération de l'ancien article 540, on lui substitue la formule générale : un délit dont souffre le défunt. Le code pénal déterminera s'il y a délit ou non. Et le juge civil pourra en tenir compte, même si la poursuite criminelle a été prescrite ou abandonnée à la suite du décès du délinquant. Il faut aussi que le défunt ait souffert du délit soit directement, par un préjudice matériel, s'il en est la victime, soit indirectement par une atteinte à ses affections, si la victime en est un proche parent. On a en-

fin supprimé la règle qui, par une application trop stricte du principe de la représentation, excluait de la succession légale les héritiers de l'indigne, si celui-ci survivait au défunt.

— De la renonciation au droit de succession.

Art. 551. — Celui qui peut valablement disposer de son droit d'hérédité a aussi la faculté d'y renoncer à l'avance *par un contrat avec la personne à laquelle il doit succéder. Un pareil contrat exige pour sa validité la rédaction d'un acte notarié ou sa constatation dans un procès-verbal judiciaire.* Les effets d'une telle renonciation s'étendent même aux héritiers, *lorsqu'il n'en a pas été disposé autrement.* (Nov. III, art. 54).

La rédaction nouvelle vise à écarter les doutes que l'ancienne avait fait naître. Il est clair à présent que cette renonciation ne peut être faite par une déclaration unilatérale, comme celle à une succession déjà ouverte, mais seulement par contrat, et de plus conclu avec la personne à la succession de laquelle il est renoncé. Un contrat de renonciation conclu avec toute autre personne est nul, en vertu de l'article 879, 3^e alinéa.

L'opportunité d'un certain formalisme pour ce genre de contrat ne saurait être mise en doute. Sa ressemblance avec le contrat d'hérédité suggérait par elle-même la forme notariée. A cause de sa fréquence dans les communautés rurales, on ajouta la constatation dans un procès-verbal. L'abandon du contrat, à la suite d'un accord des parties, ne requiert aucune formalité.

Que les effets de la renonciation s'étendent même aux héritiers, exprime bien l'intention habituelle des contractants. Mais il n'y avait aucune raison décisive pour en faire une règle impérative, comme on l'avait tenté en interprétant l'ancien texte. D'où, l'addition des mots qui terminent l'article.

CHAPITRE IX. — *Des actes de dernière volonté
en général et des testaments en particulier*

Il n'y avait dans ce chapitre que peu de retouches à faire, et elles ne visent que des points de détail controversés.

— De la forme des déclarations de dernière volonté.

Art. 579. — Le testateur qui a fait écrire par une autre personne son acte de dernière volonté doit le signer de sa propre main. Il doit en outre *déclarer de manière expresse* devant trois témoins capables, dont deux au moins *doivent* être simultanément présents, que l'écrit contient ses dernières volontés. Enfin les témoins, *en y ajoutant l'indication de leur qualité, doivent* signer l'acte de dernière volonté, dans l'intérieur ou à l'extérieur, mais dans tous les cas sur l'acte même et non sur l'enveloppe. Il n'est pas nécessaire que les témoins connaissent la teneur du testament (Nov. III, art. 55).

Art. 581. — Lorsque le testateur ne sait pas lire, il doit se faire lire l'acte par l'un des témoins en présence des deux autres, après que ceux-ci ont pris connaissance de son contenu, et déclarer qu'il est conforme à sa dernière volonté. Le rédacteur de l'écrit peut en tous cas être témoin, mais *lorsque le testateur ne sait pas lire, il ne peut faire la lecture de son contenu.* (Nov. III, art. 56).

Art. 586. — Un acte verbal de dernière volonté doit, pour avoir force légale, être confirmé sous serment, à la requête de toute personne qui y a intérêt, par le témoignage concordant des trois témoins, ou quand l'un d'eux ne peut être entendu *sous serment*, par celui des deux autres ; *à défaut de quoi cette déclara-*

ration de dernière volonté est sans effet (art. 601)
(Nov. I, art. 55).

Une controverse s'était élevée à propos de l'article 579 : la mention « en qualité de témoin à l'acte de dernière volonté » était-elle nécessaire à la validité du testament ? La pratique se contentait de la mention « en qualité de témoin » ; et la tendance la plus récente allait même jusqu'à nier que cette mention fut une condition de validité. Le texte actuel montre que toute mention révélant la qualité de témoin est suffisante, mais qu'elle est nécessaire. Il en est de même pour la déclaration du testateur, que l'écrit contient ses dernières volontés.

L'opportunité de l'addition faite à l'article 581 était reconnue depuis longtemps par toute la doctrine : il fallait se garder des tromperies toujours possibles et si faciles à commettre, lorsque le testateur ne sait pas lire.

Quant à la phrase ajoutée à l'article 586, elle met fin aux doutes sur le degré d'exigence de la loi à l'endroit des témoignages concordant de trois ou de deux témoins : sans eux, l'acte verbal de dernière volonté est sans effet.

— De l'incapacité des témoins aux actes de dernière volonté.

Art. 590. — *Les personnes au-dessous de dix-huit ans, les imbéciles, les aveugles, les sourds ou les muets, enfin ceux qui ne comprennent pas la langue du défunt, ne peuvent pas servir de témoins pour les actes de dernière volonté.* (Nov. I, art. 56).

Art. 592. — Abrogé (Nov. I, art. 57).

Art. 597. — *Les personnes âgées de plus de quatorze ans peuvent valablement servir de témoins, pour les dispositions de dernière volonté, qui se font en mer, ou dans des lieux où règne la peste ou d'autres maladies contagieuses.* (Nov. I, art. 58).

L'article 3 de la première novelle, conçu dans le même esprit libéral que les dispositions relatives à la tutelle des femmes et aux droits de la mère naturelle, prononce la capacité des femmes à être témoins à la rédaction de tous écrits et testaments, les arguments sur lesquels se fondait leur incapacité ayant perdu toute valeur actuelle. On modifia en conséquence la rédaction des articles 591 et 597.

L'article 592 écartait le témoin, qui aurait été « condamné pour crime de fraude ou pour tout autre crime commis par cupidité ». La doctrine (Unger, Mayer) avait dénoncé le danger et l'étroitesse de cette disposition. Elle est irrationnelle aussi, car fonder sur cette condamnation l'incapacité de prendre part aux solennités entourant la déclaration de dernière volonté, c'est menacer d'invalidité un testament pour une cause dont le testateur n'aura souvent aucun soupçon et atteindre les tiers bien plus que le coupable. Et si même on a recours aux témoins pour prouver le contenu d'un testament, les rédacteurs du code ont toujours reconnu aux juges un pouvoir d'appréciation sur la valeur des témoignages. Ces considérations déterminèrent la suppression de l'article 592 (cf. art. 2237 C.C. allemand). Si celui qui fut condamné peut être témoin aux solennités de l'acte, il ne peut cependant prêter serment (art. 336 C. Proc. civ.) et en particulier dans l'hypothèse d'un testament verbal (art. 586).

CHAPITRE X. — *Des substitutions d'héritiers et des fidéicommiss*

— Des modes d'extinction de la substitution vulgaire et fidéicommissaire.

Il y avait cinquante ans que la doctrine et la jurisprudence agitaient cette question : le droit du substitué fidéicommissaire passe-t-il à ses héritiers, si le substi-

tué meurt avant que la substitution ait pu s'ouvrir ? La doctrine en général se prononçait pour la transmission du droit. La jurisprudence au contraire s'en tenait à l'opinion traditionnelle, que la substitution fidéicommissaire est soumise à une condition suspensive de survie du substitué à l'ouverture de la substitution et devait donc disparaître, si cette condition ne se réalisait pas conformément à la règle de l'article 703 pour le legs fait sous condition suspensive. Cette divergence de vues avait provoqué une réelle incertitude qu'il importait de dissiper. Il parut à la commission que cette transmission du droit aux héritiers du substitué fidéicommissaire devait dépendre entièrement de la volonté du testateur ; que si cette volonté était douteuse, la transmission semblait la règle la plus satisfaisante dans la majorité des cas ; et qu'en toute hypothèse, il convenait de réserver au testateur la possibilité de soumettre à la condition de survie le droit de l'héritier fidéicommissaire.

Art. 615. — La substitution vulgaire s'éteint aussitôt que l'héritier institué a recueilli la succession ; la substitution fidéicommissaire s'éteint, lorsqu'il ne reste plus aucun des héritiers substitués appelés, ou lorsque le cas pour lequel elle a été établie vient à disparaître.

Pour autant que le testateur n'ait pas exprimé de volonté contraire, le droit de l'héritier fidéicommissaire se transmet aux héritiers de celui-ci (art. 537), lorsqu'il ne survit pas à l'ouverture de la substitution. (Nov. III, art. 59).

CHAPITRE XII. — *Des restrictions apportées aux actes de dernière volonté et de leur révocation*

Comme pour les chapitres précédents, il n'y avait lieu ici que de faire de légères retouches.

— De l'annulation par la rédaction d'un testament postérieur ou d'un codicille.

Art. 716. — La clause insérée dans un testament ou un codicille, portant que toute disposition postérieure en général, ou celle qui ne sera pas revêtue d'une certaine marque distinctive sera nulle et non avenue, *doit être considérée comme non inscrite* (Nov. III, art. 61).

La « clause dérogatoire » est une lame à deux tranchants. Elle n'atteint pas toujours son but, qui est de fixer les dernières volontés, d'écarter les surprises de la dernière heure ; elle est souvent une source de doutes et de conflits. Ces dangers l'emportant sur les avantages qu'elle peut avoir, la commission préféra la rejeter entièrement, plutôt que de conserver les effets restreints qu'elle avait dans l'ancien droit.

— De la révocation tacite.

Art. 722. — Quand les lésions ci-dessus mentionnées ne sont survenues au titre que par accident, ou quand le titre a été perdu, les actes de dernière volonté ne perdent point leur effet, si d'ailleurs l'accident et le contenu du titre *peuvent être prouvés* (Nov. III, art. 57).

La révision de cet article fut faite par la troisième novelle. A la suite des événements de guerre, de nombreux actes de dernière volonté avaient été détruits. L'accord n'existait pas sur l'interprétation qu'il convenait de donner aux dernières lignes de l'ancien article : « ...par les moyens de preuve déterminés dans le règlement sur la procédure civile, et si le contenu du titre est justifié de la manière dont doit se faire la justification d'une disposition orale de dernière volonté ». Cette dernière exigence subsistait-elle encore depuis que la procédure civile avait reconnu la liberté des modes de preuve ? La commission considéra qu'il s'agissait ici d'une simple question de preuve et non

de l'existence même de la volonté. La solennité n'a d'autre but que d'affirmer la fermeté de cette volonté. Mais lorsqu'il est acquis que la solennité requise a entouré la confection de l'acte perdu ou détruit, il n'y a pas de motif de l'exiger à nouveau pour la preuve du contenu de cet acte. De plus, la loi n'exige pas que pour les déclarations de dernière volonté faites par écrit, les témoins en prennent connaissance, et il leur serait par conséquent souvent fort difficile de satisfaire aux conditions de l'article 586. Il suffit donc que le testament disparu ait été fait dans les formes légales et qu'il n'existe aucun doute possible sur son contenu.

CHAPITRE XIII. — *De la succession légale*

La revision a opéré un vrai bouleversement dans la succession ab intestat. Les vœux de réforme, il faut le reconnaître, étaient nombreux et défendus avec ardeur. Ils portaient sur la limitation du droit de succession des parents, sur l'extension des droits de l'enfant naturel et du conjoint survivant. Comme on le peut deviner, les débats furent vifs sur ces questions où le sentiment dicte les solutions. Les réformateurs témoignèrent d'un esprit libéral, mais bien que sensibles aux idées de l'époque, hésitèrent parfois devant les modifications qui leur semblaient extrêmes. L'aridité de la réforme en souffrit un peu.

— Des diverses lignes de successibles.

Art. 731. — A la première ligne appartiennent ceux qui comptent le défunt comme leur auteur commun, savoir : les enfants et leurs descendants ; à la deuxième ligne appartiennent le père et la mère du défunt, ainsi que ceux qui ont pour auteurs communs les mêmes père et mère, savoir : les frères et sœurs et leurs descendants ; à la troisième ligne appartiennent

les aïeuls, ainsi que les frères et sœurs des père et mère et leurs descendants ; dans la quatrième ligne, sont seuls appelés les bisaïeuls du défunt. (Nov. I, art. 60).

Art. 741. — En cas d'extinction totale de la troisième ligne, la succession légale est dévolue aux bisaïeuls du défunt. Aux grands parents du père du défunt est dévolue une moitié de la succession, l'autre moitié l'est aux grands parents de la mère. Dans chaque moitié, les deux couples de grands parents prennent des parts égales. Si dans un couple l'un des grands parents seulement a survécu, le huitième du prémourant lui sera dévolu. Si aucun d'eux n'a survécu, le quart qui leur est attribué passera à l'autre couple.

Si enfin dans une branche il ne survit aucun ascendant, les deux couples de grands parents de l'autre branche seront appelés à la totalité de la succession, de la même manière que pour la moitié qui leur est attribuée en toute hypothèse. (Nov. I, art. 61).

Art. 742-749. — Abrogés. (Nov. I, art. 62).

Art. 751. — Le droit de succession sur les biens auxquels on peut librement succéder est restreint à ces quatre lignes de parenté légitime. (Nov. I, art. 63).

Le système de succession légale du code autrichien était celui des parentèles (8). La revision ne l'a pas changé. Mais alors que jadis la possibilité de succéder allait jusqu'à la sixième parentèle, c'est-à-dire était pratiquement illimitée, la situation est fort différente aujourd'hui. L'ancien article 731 appelait en fait à la succession tous les parents, qui réussissaient encore à prouver qu'un lien familial les unissait au défunt. Pareille extension du droit de succession n'était ni dans la tradition germanique, ni dans la tradition slave. Elle était d'origine romaine. L'effet n'en pouvait être heureux : elle devait être la source de procès éminem-

(8) Sur le système des parentèles, voir : Romiguié. L'hérédité collatérale (thèse, Paris, 1903).

ment hasardeux ; ils furent nombreux, dont le plus célèbre dura plus d'un siècle. Les commentateurs n'avaient que peu de tendresse pour ceux qu'ils appelaient « de joyeux héritiers » et, dès longtemps, ils réclamaient une réforme, que la plupart des législations modernes avait déjà introduite. Pour l'appuyer, l'on faisait valoir que la volonté présumée du défunt ne pouvait s'exercer en faveur de parents dont l'existence même lui était souvent inconnue ; que si la communauté familiale, à une période antérieure du développement social, formait aussi une communauté de patrimoine justifiant le droit de succession le plus large de ses membres entre eux, aujourd'hui le fait, né des conditions économiques et sociales nouvelles, que peu de générations suffisent à disloquer le groupement familial, ne saurait être sérieusement contesté, et condamne le maintien d'un droit successoral anachronique.

A quoi l'on répondait que le devoir du législateur est plutôt de resserrer le lien familial que de reconnaître son relâchement ; que limiter le droit de succession, c'était rendre plus fréquente la dévolution de la succession au fisc, auquel toute personne préférera toujours un parent, même inconnu ; que c'était aussi faire une concession aux théoriciens socialistes qui veulent supprimer tout droit successoral ou le restreindre du moins aux deux premières lignes.

Mais l'on repoussait ces objections, en disant qu'il peut à peine être soutenu que le sentiment familial est vraiment le ressort, qui pousse des parents éloignés du défunt à démontrer leur droit de recueillir sa succession, et que la cupidité ne mérite pas les faveurs de la loi ; que sans doute, autrefois, à une époque où chaque famille, chaque souche formait un organisme solide propre à défendre et assister ses membres, rien n'était plus naturel que la transmission du patrimoine au sein de la famille, sans même qu'il existât de rapports personnels entre le défunt et certains de ses hé-

ritiers ; mais que ces devoirs d'assistance et de protection ayant aujourd'hui été assumés par l'autorité publique, le fisc cesse d'être « l'ennemi menaçant » et que, dès lors, son droit de succession n'apparaît plus comme « la survivance d'une politique financière depuis longtemps périmée », mais comme la conséquence logique de la notion moderne de l'Etat ; l'on ajoutait enfin qu'il serait de mauvaise politique de renoncer à une réforme devenue nécessaire, sous prétexte qu'elle coïncidait en quelque point avec les revendications socialistes.

Le texte actuel est celui du projet gouvernemental de 1907. Il supprime les cinquième et sixième parentèles ; et, dans la quatrième, il réserve aux seuls bisaïeuls le droit d'être appelés. Leurs descendants, contrairement à la règle admise pour les autres parentèles, sont écartés : le sentiment de l'unité familiale chez eux aura presque toujours disparu ; il sera vivace au contraire chez les bisaïeuls. Ceux-ci toutefois sont écartés de la succession par le conjoint survivant (art. 757, alinéa 2).

La commission juridique aurait voulu s'en tenir à la simple suppression des cinquième et sixième parentèles. Après plusieurs lectures, elle finit cependant par adopter le texte gouvernemental, reconnaissant la force des arguments avancés.

— Du droit de succession entre enfants et parents naturels.

Art. 754. — Quant à la mère *et aux parents de la mère*, les enfants naturels ont sur les biens auxquels on peut librement succéder, les mêmes droits que les enfants légitimes. Les enfants naturels n'ont aucun droit légal à exercer dans la succession de leur père et des parents paternels. (Nov. I, art. 65).

Art. 756. — Les père et mère ont réciproquement sur la succession de leurs enfants légitimes ou de leurs

enfants naturels privilégiés par le législateur, le même droit que celui qui revient aux enfants sur la succession de leurs père et mère (art. 752-754). La mère *et ses parents* seuls ont le droit de succéder à la fortune d'un enfant naturel non légitimé ; le père et ses parents en sont exclus. Le père et la mère adoptifs n'ont pas non plus le droit de succession légale sur l'hérédité de l'enfant adoptif ; elle est dévolue à ses parents, suivant l'ordre de succession légale (Nov. I, art. 66).

Nous avons vu à l'occasion de l'article 165, que l'enfant naturel appartient à la famille de sa mère. Il en résulte un droit absolu et réciproque de succession entre lui et ses parents maternels. La limitation de ce droit à la mère était critiqué depuis longtemps.

Mais lorsqu'on en vint à discuter l'admission d'un droit de l'enfant sur le patrimoine de son père naturel, pour le cas du moins où celui-ci l'a reconnu, une véritable timidité s'empara des réformateurs. Pareille admission, dit-on, (et ces arguments entraînent difficilement la conviction), offre l'inconvénient qu'elle reconnaît dans une certaine mesure et par conséquent provoque le concubinage. Elle risque de blesser sensiblement les intérêts des enfants légitimes du même père. Enfin, la très rigoureuse présomption de paternité de l'article 163, le fait que « la reconnaissance volontaire » est souvent obtenue sous la menace d'une poursuite judiciaire ; la possibilité de la légitimation par mariage subséquent ou par rescrit du Prince (art. 162), de l'adoption (Nov. I, art. 20), de l'octroi du nom (art. 165, al. 2), de l'accueil au foyer (art. 171), permettent, selon la majorité de la commission, de se demander s'il est vraiment urgent et souhaitable de reconnaître à l'enfant naturel un droit de succession comparable à celui des enfants légitimes du même père.

— Du droit de succession du conjoint survivant.

Art. 757. — Le conjoint survivant du défunt a droit : en présence d'enfants du défunt et de leurs descendants, à un quart de la succession ; en présence des père et mère du défunt et de leurs descendants, ou en présence des grands parents, à la moitié de la succession. Au cas où, à côté des grands parents, il existe des descendants de grands parents prédécédés, le conjoint survivant reçoit, outre sa moitié, la part qui revient à ses descendants en vertu des articles 739 et 740. Dans tous les cas, on joindra, pour le calcul de la part successorale du conjoint, ce qui lui vient du patrimoine du défunt en vertu des conventions matrimoniales ou d'un contrat d'hérédité.

N'existe-t-il ni héritiers légitimes de la première ou de la deuxième lignes, ni grands parents, le conjoint survivant recevra toute la succession. (Nov. I, art. 68).

Art. 758. — En dehors de sa part successorale, le conjoint survivant a droit, comme legs précipitaire, aux objets mobiliers appartenant au ménage. Ce droit se limite aux objets nécessaires à son usage personnel, en présence d'enfants du défunt. (Nov. I, art. 69).

Art. 759. — Un conjoint divorcé ou séparé de corps n'a pas de droit successoral et ne peut élever aucune prétention au préciput légal.

Il en est de même, lorsque le défunt avait déjà introduit une demande de divorce ou de séparation de corps pour une cause imputable à son conjoint et que cette demande est accueillie. (Nov. I, art. 70).



Le code, dans les dispositions relatives au droit du conjoint survivant sur les biens laissés par le prédécédé, s'était fâcheusement inspiré des rigueurs du droit romain. En présence d'enfants du défunt, et suivant leur nombre, il recevait l'usufruit soit d'une part d'enfant, soit du quart de la succession. S'il n'y avait pas d'enfant, en présence de tout héritier légitime, si

éloigné fût-il, il ne recueillait la pleine propriété que du quart de la succession. Un pareil système avait soulevé de nombreuses protestations. Mais l'accord n'existait pas sur les réformes à introduire, ni quant à l'étendue du droit, ni quant à sa nature.

L'idée directrice, admise par tous, était que la communauté conjugale forme des liens si étroits que, sans optimisme exagéré, elle fait naître généralement le désir chez chacun des conjoints que la mort de l'un ne jette pas l'autre soudain dans une situation matérielle pénible. Pour atteindre ce but, il convenait de développer le droit de l'époux survivant, même en présence des enfants, dont l'intérêt véritable d'ailleurs, s'accommoderait mal d'une déchéance de leur père ou mère.

Aujourd'hui, la part du conjoint survivant, en présence d'enfants du défunt, dont le nombre est indifférent, est fixée à un quart de la succession. Elle est de la moitié, en présence des père et mère et de leurs descendants (deuxième ligne) ou les grands parents (troisième ligne), mais non de leurs descendants, que le conjoint prime toujours; les articles 739 et 740 adoptant le principe de la fente, il en résulte que si dans une branche restent seuls des descendants de grands parents prédécédés, la part qui leur reviendrait va s'ajouter à la moitié du conjoint. Chaque aïeul ne recueillant qu'individuellement un quart, en cas de prédécès de trois aïeuls par exemple, la part du conjoint s'en accroîtra d'autant. Il recevra enfin la totalité de la succession, s'il n'y a pas de grands parents. L'échelle va donc de deux huitièmes à huit huitièmes.

Pour déterminer ces quotités, il avait fallu d'abord se prononcer sur la nature du droit. Serait-ce un droit d'usufruit ? Serait-ce un droit de propriété ?

L'usufruit se justifie par la nécessité de transmettre le patrimoine des parents aux enfants et à leurs descendants ; aussi, par la nécessité de maintenir l'époux survivant à la tête de la famille. L'on peut douter que

l'usufruit satisfasse réellement l'une ou l'autre de ces nécessités. Le droit de l'usufruitier a pour effet que les enfants ne recueillent pas véritablement le patrimoine familial. Une attente leur est imposée, qui pourra nuire beaucoup au développement de leur carrière. Leurs facultés de travail et leur esprit d'entreprise en seront affaiblies pendant les années habituellement les plus fructueuses. Pour eux, il vaudrait mieux abandonner au conjoint une moindre part de l'héritage, mais en pleine propriété, que de rester soumis pendant un temps long et incertain à un usufruit, qui peserait sur une large fraction du patrimoine.

Quant au maintien de la situation dont jouissait l'époux survivant avant le décès de son conjoint, il faudrait pour le réaliser que l'usufruit portât sur l'ensemble du patrimoine — solution admissible là où la loi diffère le partage, pour établir une communauté de biens entre le conjoint survivant et les enfants, ou reconnaît un usufruit des parents sur le patrimoine de leurs enfants. Dans le système autrichien, pareil usufruit général du conjoint survivant apparaîtrait comme une atteinte des plus graves à l'institution de la réserve (art. 774). L'usufruit devait donc ne porter que sur une fraction de patrimoine. Il passait dès lors à côté du but, en forçant le conjoint à restreindre son mode de vie. A dire vrai, sinon pour les héritages riches, toujours exceptionnels, l'usufruit ne saurait assurer l'indépendance du conjoint même en le faisant porter sur une moitié de la succession. La pleine propriété d'un capital, fût-il peu élevé, servirait mieux ce dessein dans la plupart des cas.

Le choix devait donc se faire entre l'usufruit d'une fraction importante du patrimoine et la pleine propriété d'une moindre fraction. La commission se prononça pour la deuxième alternative. On prétendit que ce choix aurait pour effet la dislocation des héritages et notamment la dispersion des fortunes foncières. L'argument est tendancieux, car c'est le nombre des

enfants qui seul est cause de ce phénomène, et il importe assez peu que vienne s'y ajouter le conjoint survivant. L'existence d'un usufruit présenterait un inconvénient bien plus sérieux, par la possibilité de sa conversion en une rente foncière, qu'avaient suggérée les partisans de ce système.

Une objection plus sérieuse peut être tirée du remariage du conjoint survivant. Il est à craindre qu'à sa suite il ne dispose, au préjudice des enfants du premier lit, de la fraction de patrimoine qui lui est dévolue, en faveur de personnes étrangères à la famille où se forma ce patrimoine. On y répond en disant que cette fraction n'est que du quart et que la loi, en ses dispositions sur la réserve, permet (art. 765) de frustrer les enfants eux-mêmes de la moitié de la succession. Quant aux hypothèses où il n'y a pas d'enfants, le texte nouveau n'introduit en réalité aucune innovation, puisque déjà l'article 758 ancien accordait au conjoint survivant la pleine propriété du quart de la succession. Modifier ceci afin d'établir un droit d'usufruit sur une fraction plus grande du patrimoine serait, nous l'avons dit, aggraver en fait la situation du conjoint. Cela se justifierait, en théorie, dans une certaine mesure, si la législation autrichienne connaissait la règle « *paterna paternis, materna maternis* ». En son absence, il fallait en revenir à l'intention présumée du défunt. Et, sauf en des cas exceptionnels, on ne peut dire qu'elle s'oppose à l'attribution de la pleine propriété d'une part de ses biens à son conjoint survivant, au profit de parents plus ou moins ignorés.

Enfin, une considération d'ordre pratique fortifie la solution choisie par la commission : on connaît les inconvénients de l'usufruit au point de vue économique ; la dépréciation, disproportionnée avec l'importance de la charge, qu'il fait subir à l'immeuble comme objet de transaction ; et aussi, les difficultés qu'il entraîne dans le règlement des rapports des héritiers entre eux et avec les créanciers de la succes-

sion. Sa substitution même par une rente annuelle n'est pas satisfaisante, car, pas plus que l'usufruit, elle ne met un capital à la disposition du conjoint ; parce que, sans sûreté, elle ne pourrait être acceptée et pèse par conséquent d'une autre manière sur les héritiers ; enfin, parce qu'elle prête éminemment aux procès de pure chicane.

L'ancien article 758 prévoyait que pour composer le quart du patrimoine revenant en pleine propriété au conjoint, entreraient en ligne de compte les avantages nés des conventions matrimoniales, d'un contrat d'hérédité ou des dispositions de dernière volonté du défunt. Le projet gouvernemental proposait de supprimer entièrement cet article. La commission jugea que c'était se montrer trop généreux pour l'époux survivant et adopta la solution moyenne de l'article 757 révisé.

Le préciput de l'article 758 nouveau n'est pas dévolu au conjoint survivant comme part successorale ; il se fonde-entièrement sur la loi ; ce n'est pas une réserve et ne peut exister à côté d'un testament ou d'un contrat d'hérédité. L'expression « legs préciputaire » indique, ainsi qu'il en est dans l'article 1932 C.C. allemand, que les règles du legs s'appliquent à son acquisition, sa validité, son exclusion. Les objets appartenant au ménage commun, qui seraient des accessoires du fonds, ne peuvent évidemment être inclus dans le préciput ; ces objets seraient des immeubles, d'après l'article 293. A l'encontre de l'article 1932 C.C. allemand, la commission rejeta du préciput les cadeaux de noce sur lesquels un droit spécial du conjoint survivant semblait difficile à justifier. L'idée, qui est à la base du préciput, est de réaliser le désir idéal du conjoint de rester en possession des objets qui furent le cadre de sa vie conjugale. C'est pourquoi, à l'encontre aussi du code allemand, ce préciput est reconnu au conjoint même en présence des enfants du défunt ; mais, en ce cas, son étendue fut restreinte.

L'alinéa premier de l'article 759 nouveau reproduit la fin de l'ancien article 759. Le deuxième alinéa, rédigé sur le modèle de l'article 1933 C.C. allemand, montre pour le conjoint une sévérité plus grande mesurée à ses droits plus étendus.

— Des successions en deshérence.

Art. 760. — *Lorsqu'il n'existe aucun successible, ou si personne ne réclame la succession, elle échoit à l'Etat, comme bien en deshérence.* (Nov. I, art. 73).

« Nous avons fait observer plus haut que la réduction du droit de succession devait multiplier les cas où le fisc recueillerait le patrimoine. L'acceptation par l'Etat de devoirs toujours plus nombreux le justifie pleinement. Il ne faut d'ailleurs pas s'exagérer l'importance des sommes qui seront annuellement recueillies de la sorte. Il pourra toutefois se faire qu'une riche succession reste sans héritiers. Et il importe de savoir à quelle destination seront réservées les sommes recueillies. Partant de l'idée de devoirs énoncée plus haut, on avait d'abord voulu dans un deuxième alinéa les consacrer au perfectionnement de l'assistance publique, de l'assurance sociale ou de tout œuvre humanitaire. On préféra cependant laisser à un développement ultérieur du droit le soin de donner à ces biens une destination spéciale plutôt que d'en permettre, comme à présent, l'acquisition par le Trésor public.

L'Etat seul, et non ses subdivisions, a droit de recueillir les successions en deshérence. En les recueillant, il ne se présente pas, comme le veut l'article 1936 du code allemand, en qualité d'héritier légal, pas plus qu'en souverain ; mais il s'agit plutôt d'un droit de succession commune.

CHAPITRE XIV. — *De la réserve et de son mode de calcul*

— Des actions qui appartiennent à l'héritier réservataire.

L'article 770 prévoit l'exhérédation de l'héritier réservataire pour les motifs qui rendent un héritier légal indigne du droit de succéder (art. 540 à 542). Afin d'adopter, en cas de survie du déshérité au testateur, une solution parallèle à celle de l'article 541, on modifia l'article 780 comme suit :

Art. 780. — Les descendants d'un enfant expressément déshérité ne peuvent demander que leur réserve. *Mais ils peuvent la demander alors même que le déshérité survit au testateur.* (Nov. III, art. 65).

— Du calcul de la réserve.

La question de la protection de l'héritier réservataire contre les donations faites au préjudice de sa réserve est des plus débattues en législation autrichienne. Une décision de la Cour suprême, rendue toutes Chambres réunies, en 1903, soutint la proposition que pour le calcul de la réserve il ne fallait tenir aucun compte des donations faites entre vifs. Elle se fondait sur l'idée que la réserve est une fraction de la succession, et que le montant de la succession n'est déterminable qu'au moment du décès. Tout ce qui est antérieur à ce décès est indifférent. Cette thèse laissait absolument dans l'ombre l'article 951 ancien, qui déjà prévoyait une action en réduction de l'héritier réservataire contre le donataire, si le montant de la donation dépassait la moitié du patrimoine au moment où elle fut faite ; et l'article 788 (non révisé), qui stipule qu'il faut comprendre dans la réserve tout ce que le défunt a, de son vivant, donné à ses enfants ou petits-enfants pour leur établissement. Les conséquences pratiques de cette thèse seraient d'ailleurs inadmissibles, et il était nécessaire que le code révisé les écartât absolument.

L'idée directrice, dès le début de la revision, fut donc de protéger la réserve contre les donations entre vifs, bien que cette protection ait rencontré quelques

critiques. Elles ne purent affaiblir cette considération que, puisque la réserve était depuis longtemps entrée dans les mœurs, elle devait avoir un caractère impératif, c'est-à-dire échapper à toute espèce de convention privée, pour n'être pas inutile. Toutes les législations modernes concordent sur ce point. Le code autrichien se range à leurs côtés.

Art. 784. — Pour déterminer exactement la part réservée, on décrit avec soin et on estime régulièrement toutes les choses mobilières et immobilières appartenant à la succession, tous les droits et toutes les créances, que le défunt pouvait librement laisser à ses successeurs, même tout ce qu'un héritier ou légataire doit à la masse. Les héritiers réservataires ont la faculté d'assister à l'estimation et d'y présenter leurs observations. Ils ne peuvent pas réclamer la mise aux enchères des objets de la succession dans le but d'en percevoir la valeur réelle. Les dettes et autres charges, qui pesaient sur la succession, doivent être déduites de la masse. (Nov. III, art. 67).

Art. 785. — *A la requête d'un enfant réservataire, il faut joindre pour le calcul du patrimoine les donations que le défunt a faites entre-vifs. L'objet de la donation doit figurer dans l'estimation du patrimoine pour une valeur calculée d'après les règles de l'article 794 (9).*

On ne tient pas compte des donations que le défunt a faites à une époque où il n'avait pas d'enfant réservataire ; ni de celles faites avec les revenus, sans que le capital s'en trouve aucunement diminué ; ni de celles qui répondent à des obligations sociales ou

(9) Art. 794. — Dans tout rapport, lorsque la chose reçue n'a pas consisté en deniers comptants, mais en d'autres choses mobilières ou immobilières, le prix des premières est déterminé d'après la valeur qu'elles avaient au moment où elles ont été données, et celui des dernières d'après leur valeur au moment de l'ouverture de la succession.

qui ne sont que des cadeaux d'usage ; ni des donations faites dans un but d'utilité générale ; ni enfin de celles qui furent faites à des non-réservataires plus de deux ans avant la mort du défunt. Pour les donations entre époux, le délai ne commence à courir qu'à partir de la dissolution du mariage. (Nov. III, art. 68).

Art. 787. — Tout ce que les héritiers réservataires reçoivent effectivement de la succession, par legs ou autres dispositions du testateur, doit être imputé sur leur réserve.

Lorsque pour fixer celle-ci, il y a lieu de faire entrer des donations en ligne de compte, chaque héritier réservataire laissera imputer sur la quantité dont sa part en est augmentée, les donations que le défunt lui a faites personnellement et qui, d'après l'article 785, doivent être comprises dans l'évaluation du patrimoine. (Nov. III, art. 69).

Art. 789. — Dans le calcul de la réserve des père et mère, on ne fait entrer les choses données par avance, qu'autant que les avances n'ont pas été faites à titre de secours légalement dû (Art. 154), (Nov. III, art. 70).

Ancien texte : « ...légalement dû, ni à titre de simple libéralité. »

Confrontée par le problème d'une protection efficace à réaliser, il y eut quelque hésitation au sein de la commission. Il était évident que l'article 951 ne pouvait suffire. Un exemple le fera comprendre : Supposons que le testateur institue sa deuxième femme sa légataire universelle et restreint les droits de son fils à sa réserve. Deux jours avant son décès, il fait don à sa femme de 70.000 couronnes. Sa succession, nette, s'élève à 60.000 couronnes. La réserve de son fils s'élève à 30.000 couronnes. De plus, le patrimoine du défunt étant au moment de la donation de 130.000 couronnes, le fils pourra obtenir la réduction de la donation à son maximum admis par la loi, soit 65.000 cou-

ronnes. Sa part en fin de compte sera de :

$$30.000 + 5.000 = 35.000 \text{ couronnes}$$

Si au contraire, on accepte de réunir à la masse les donations pour déterminer le montant de la réserve, celle-ci sera de 65.000 couronnes. Il serait visiblement possible par des donations moins généreuses, mais répétées, d'éviter toute application de l'article 951 et de réduire presque à néant la réserve de l'héritier.

Fallait-il, comme les codes allemand (art. 2325) et suisse (art. 526, 527), adopter la solution du code français (art. 922) et réunir fictivement à la masse héréditaire, pour le calcul de la réserve, les biens dont il a été disposé entre vifs ? La commission hésitait à le faire. On avançait notamment qu'il était au moins singulier de laisser librement le défunt ruiner les espérances de ses héritiers par une administration détestable de son patrimoine, alors qu'il se heurtait aux rigueurs de la loi lorsqu'il cédait à des inclinations généreuses et bienfaisantes. L'accord se fit cependant sur la nécessité d'un frein aux libéralités du défunt pour ne pas rendre illusoire le droit à la réserve, mais on convint que la réunion fictive à la masse de *tous* les biens donnés entre vifs, et de ceux mêmes qui le furent à une époque où le défunt n'avait pas d'héritier réservataire, comme le suggérait le projet de 1907, était une solution trop radicale. Il fallait donc, tout en reconnaissant la règle de la réunion fictive à la masse des biens donnés entre-vifs, l'entourer de certaines restrictions. C'est ce qui explique la rédaction actuelle de l'article 785.

Le projet de 1907 visait à protéger tous les réservataires, c'est-à-dire les descendants, les ascendants et le conjoint, dont il faisait un réservataire. Devant la commission, le conjoint perdit cette qualité ; et s'il ne la fit point perdre du coup aux ascendants, du moins la protection de leur réserve parut une nécessité moins urgente. Le droit de requérir la réunion fictive des donations à la masse (et d'agir éventuellement en ré-

duction) devint donc le privilège exclusif des descendants.

... D'après l'article 785, en principe, toutes les donations doivent être réunies à la masse, non seulement celles qui ont été parfaites, mais encore les simples promesses de donation, qui selon l'article 784 devraient venir en déduction de la masse. Toutefois, des donations de peu d'importance, telles que cadeaux d'usage, et qui n'entament point le capital, sont exclues. De même, en raison de leur but, celles d'un montant plus élevé, qui furent faites en vue de l'utilité générale.

Comme on jugea équitable d'omettre pour le calcul de la réserve ces biens, dont il fut disposé entre vifs à une époque où le défunt n'avait aucun descendant réservataire et où le donataire ne pouvait prévoir qu'il serait un jour soumis à une action en réduction, le droit fut limité aux descendants existant au moment de ces donations, ou à tous autres, si ceux-ci sont morts ou ont renoncé à leurs droits. L'exercice du droit profite à tous ceux qui sont réservataires au moment du décès. Tout héritier peut d'ailleurs renoncer au bénéfice qui en résulte pour lui.

Enfin, les donations qui précèdent de peu la mort étant celles que les héritiers ont le plus à redouter, on établit un délai au delà duquel les donations échappent à tout contrôle. Ce délai, qui est de cinq ans dans le code suisse (art. 527) et de dix dans le code allemand (art. 2325), fut réduit à deux ans par la commission. Tout délai est écarté, si les donataires sont aussi réservataires afin de maintenir l'égalité entre eux. La règle spéciale relative aux donations entre époux, par laquelle se termine l'article 785, est copiée de l'article 2325 du code allemand et se justifie par cette observation, que ce n'est qu'après la dissolution du mariage que l'époux donataire éprouve vraiment le bénéfice qui lui a été conféré.

La valeur des donations réunies fictivement à la masse est calculée d'après la règle de l'article 794.

L'alinéa ajouté à l'article 787, tend à maintenir l'égalité entre les héritiers et demande pour être bien compris d'être illustré par un exemple: Supposons que le défunt a deux fils, Pierre et Paul. Il a fait don à Pierre de 2.500 couronnes, à un ami de 11.500 K. Sa succession s'élève à 12.000 K. La réserve pour chacun des fils sera de : $12.000 \text{ K.} : 4 = 3.000 \text{ K.}$ Par la réunion des donations à la masse, la réserve de Paul sera augmentée de : $2.500 + 11.500 : 4 = 3.500 \text{ K.}$ Au total Paul recevra 6.500 K. Pierre, lui, recueillera d'abord la réserve, soit 3.000 K. Il devra ensuite imputer la donation (2500 K) sur le complément de la réserve (3500 K). Au total il recevra donc $3.000 + 1.000 = 4.000 \text{ K.}$

Si le défunt avait donné 11.500 K. à Pierre et 2.500 K. à son ami, Pierre n'aurait recueilli que sa réserve nette de 3.000 K, et aucun complément.

— Du droit du conjoint à un entretien convenable.

Art. 796. — Un conjoint n'a aucun droit à une réserve, mais tant qu'il ne convole pas en de secondes noces, il peut prétendre à un entretien convenable, *dans la mesure ou celui-ci n'est pas assuré par sa part successorale légale, ou par des mesures stipulées pour le cas de survie, ou des dispositions de dernière volonté. Dans les cas prévus par l'article 759, le conjoint n'a aucun droit à cet entretien* (Nov. I. art 71).

Le projet gouvernemental avait fait du conjoint un héritier réservataire. Et ce point de vue fut, au cours des travaux de revision, défendu avec ardeur. « Le lien conjugal n'est-il pas aussi fort que celui qui lie le défunt à ses parents », demandait Unger. Et dans un système qui reconnaît aux ascendants le droit à une réserve, était-il juste dès lors de le refuser au conjoint ? Pour éviter l'objection tirée du préjudice qui en résulterait pour les enfants, on proposait de réduire la réserve du conjoint en ce cas à un huitième de la succession.

L'opinion contraire cependant prévalut devant la commission juridique. On craignit que l'admission de ce droit ne multipliât les mariages d'argent : qu'elle ne poussât les autres héritiers et même les enfants à faire valoir contre le conjoint des causes d'indignité ou d'exhédération ; et surtout qu'une nouvelle limitation de la liberté de tester ne parût intolérable, à tout le moins entre époux dont l'association suit une démarche et connaît un développement particulier à chaque cas.

L'amélioration de son droit de succession ne devait pas priver le conjoint survivant des avantages que lui donne l'article 796. Souvent, si la succession est médiocre, l'entretien aux frais de celle-ci sera sa seule ressource. C'est là une charge qui pèse sur tous les héritiers. Si le droit du conjoint heurte celui de descendants ou d'ascendants à une pension alimentaire, et si la succession ne saurait suffire à y faire face, une réduction proportionnelle des droits sera opérée.

— Sûretés des créanciers de l'héritier.

Art. 822. — Avant la délivrance du patrimoine, les créanciers de l'héritier *ne peuvent exécuter que sur les seuls éléments de patrimoine sur lesquels le tribunal successoral a laissé à l'héritier un libre droit de disposition*. (Nov. III, art. 73).

L'ancien article 882 autorisait les créanciers de l'héritier à frapper l'héritage qui lui est échu, même avant qu'il ne lui ait été délivré, par le séquestre, la saisie-gagerie ou la prénotation : ces mesures toutefois ne pouvaient aucunement préjudicier aux droits qui résulteraient du partage successoral, et n'auraient d'effet qu'à partir de la délivrance.

L'idée sur laquelle se fonde cette disposition est juste : avant la délivrance, l'héritier peut à la vérité disposer de son droit à une part de la succession, mais non des éléments du patrimoine du défunt, sur les-

quels les créanciers de celui-ci ont un droit supérieur à celui des créanciers de l'héritier. Mais les limites, entre ces deux droits en conflit, sont tracées avec trop d'hésitation par l'article 822 et des doutes nombreux, parfois d'inextricables difficultés, ont surgi. Il fallait en revisant ce texte, le simplifier, tout en sauvegardant l'idée fondamentale.

La disposition nouvelle écarte toute exécution des créanciers de l'héritier sur sa part successorale avant la délivrance. Elle n'est possible que sur ces éléments dont le tribunal a donné à l'héritier la possession avec la faculté d'en disposer. La réglementation se complète par la possibilité pour les créanciers qui ont fait la preuve de leurs droits de recevoir communication immédiate de la décision du tribunal, qui met en la possession de l'héritier des éléments de la succession (Nov. III, art. 74), et même de recourir à une aliénation provisoire avant leur délivrance (Nov. III, art. 75).

CHAPITRE XVI. — *De la communauté de la propriété et autres droits réels*

— Des droits des co-propriétaires.

Le principe de l'indivisibilité des servitudes (art. 485), interprété par la pratique, semblait trop rigoureux au moins dans deux cas :

1 — Une servitude, en raison de l'unité du fonds tel qu'il est enregistré, apparaît toujours comme une charge grevant son entièreté. Mais si, d'après le contenu du droit révélé par le livre foncier, elle ne peut s'exercer que sur une partie déterminée du fonds, il n'est aucun motif en cas de partage de maintenir la charge sur ces parties du fonds qui, en fait, n'en sont pas affectées.

2 — Quant aux servitudes qui permettent de pré-

tendre aux fruits, il faut, en cas de partage du fonds, en sauvegarder la jouissance ou en maintenir la charge pour tous les co-intéressés. Mais une aggravation de la servitude en est souvent la conséquence, et la discrimination des droits et des devoirs soulève fréquemment trop de difficultés pour ne pas juger opportune l'intervention gracieuse du tribunal. Ces considérations justifient les modifications apportées aux articles suivants :

Art. 844. — Les servitudes, les marques de bornage, et les titres nécessaires à l'usage commun ne sont pas susceptibles de partage. Les titres, quand du reste rien ne s'y oppose, sont déposés chez le co-propriétaire le plus âgé. Les autres peuvent en faire faire à leurs frais des copies légalisées. Les servitudes — *sauf conventions* — *existent au profit de tous les co-propriétaires sans qu'elles puissent cependant s'en trouver étendues ou aggravées pour le fonds servant. Une servitude n'est-elle exercée que par quelques-uns des co-propriétaires, le droit s'éteint en ce cas pour les autres.* (Nov. III, art. 27).

Art. 847. — Le simple partage d'un bien commun, quelqu'il soit, ne peut préjudicier à un tiers ; il conserve tous les droits de gage, de servitude et autres droits réels qui lui appartiennent, après comme avant le partage. *L'exercice de la servitude n'atteint-elle qu'une partie du fonds servant, le droit s'éteint pour la partie restante.* (Nov. III, art 28).

Art. 848. — *Les droits personnels qui appartiennent à un tiers contre une communauté, conservent également leur force nonobstant le partage. De même, celui qui doit à une communauté ne peut pas effectuer de paiement à quelques uns des co-partageants en particulier ; ces sortes de dettes doivent étre payées à la communauté entière ou à celui qui la représente régulièrement.* (Nov. III, art. 29).

Art. 848 a. — *Si une servitude, ou toute autre*

charge réelle, permet de prétendre aux fruits, tout ayant droit, en cas de partage du fonds dominant, tout grevé de servitudes, en cas de partage du fonds servant, peut solliciter un règlement en justice de l'exercice de la servitude. L'exercice doit être réglé sans aggraver la charge, de façon qu'il satisfasse tous les intérêts, en prenant en considération la nature et le but du droit, ainsi que la superficie respective et les particularités économiques des diverses parcelles du fonds. (Nov. III, art. 30).

— Du renouvellement des bornes et de leur rectification.

Les anciennes dispositions du code, relatives au bornage et à sa rectification, étaient extrêmement confuses, mêlant une procédure gracieuse, une action possessoire, une action pétitoire, sans clairement déterminer leurs rapports.

Art. 850. — Quand les bornes ont été tellement endommagées, par quelque cause que ce soit, qu'elles pourraient ne plus être reconnues, ou lorsqu'elles sont en fait impossibles à reconnaître, ou litigieuses, chaque voisin a le droit d'en demander en justice le rétablissement ou la rectification. A cet effet, les voisins sont invités à soumettre le débat à la juridiction gracieuse, qui, même en l'absence des parties, déterminera les limites et procédera au bornage. (Nov. II, art. I).

Art. 851. — Si les bornes ne peuvent réellement plus être reconnues ou si elles sont litigieuses, elles seront établies selon la dernière possession paisible. Si celle-ci ne peut être reconnue, le tribunal opérera le partage de la parcelle de manière équitable.

Il sera déterminé ailleurs dans quelle mesure chaque partie se voit réserver la faculté de faire prévaloir son droit par voie contentieuse. (Nov. II, art. 2).

Art. 853. — Les frais de procédure sont à la char-

ge des voisins dans la mesure de la zone qui leur est attribuée. *Le requérant paiera seul les frais, s'il résulte du débat que leur rétablissement ou la rectification des bornes n'était pas nécessaire, soit qu'on ne les contestât pas ou qu'elles fussent suffisamment connues, soit que la partie adverse fut prête à un accord extra-judiciaire. Les frais de représentation doivent être supportés par le représenté seul.*

Lorsque la procédure a été entamée à la suite d'un trouble apporté à une possession paisible, le tribunal peut mettre les frais pour tout ou pour partie à la charge de celui qui a provoqué le litige. (Nov. II, art. 3).

La réglementation nouvelle (10) prévoit 3 hypothèses :

- a) bornes gravement endommagées ;
- b) bornes impossibles à reconnaître en fait ;
- c) bornes litigieuses.

De ces cas, le troisième seul a de l'importance. En matière de contestation de limites, il ne pouvait y avoir jusqu'ici que deux sortes de plaintes : celles du possesseur troublé, celles du propriétaire. La revision des textes ne leur enlève pas leurs moyens d'action ordinaires. Mais, du fait que ces contestations surgissent le plus souvent à propos de minimes parcelles de terrain, dont les deux voisins faisaient usage sans que leurs droits fussent bien définis, on jugea expédient de créer une procédure sans caractère contentieux, peu coûteuse et rapide. Elle devait attirer à elle la majorité des conflits.

Si le plaignant choisit cependant la voie du procès, en agissant au possessoire, et si le juge s'aperçoit que toute la contestation se réduit à une rectification

(10) Die Grenzstreitigkeiten, dans *Gerichtszeitung* 1916 N° 48, par Dr M. Hantsch.

Ueber die zweite Teilnovelle zum A.B.G.B., par Dr E. Schrutka dans *Gerichtszeitung* 1916 N° 9.

du bornage, faut-il admettre que ce juge peut de son propre chef commencer la procédure adéquate et nouvelle ? M. Schrutka incline à le croire, tandis que M. Hantsch déclare nettement que l'un des voisins est seul en droit de recourir à elle ; mais cette opinion s'explique par la défaveur avec laquelle M. Hantsch voit les nouveautés de ces articles et son désir d'en restreindre l'application.

La procédure exceptionnelle comporte une enquête du tribunal, qui cherchera à déterminer quelle fut la dernière possession paisible (art. 851) ; si ce point ne peut être éclairci, le Tribunal a plein pouvoir pour opérer le partage de la parcelle litigieuse de manière équitable. Si au contraire, la dernière possession paisible est établie, ses limites s'imposent au juge qui, d'après elles, se prononcera sur la propriété de la parcelle litigieuse. Solution radicale, qui implique cette présomption — contredite par l'expérience — que les limites de la possession et de la propriété coïncident presque toujours. Une interprétation rigoureuse du texte, dit M. Schrutka, conduirait à soutenir qu'alors même qu'une des parties pourrait établir par un titre irrécusable sa propriété sur une parcelle que l'autre partie a possédée paisiblement, le juge devrait s'en tenir à cette possession ». La commission n'a évidemment pas voulu pareille exagération, surtout qu'un recours contre la décision du juge n'est possible que pour les litiges d'une valeur assez élevée et que l'on porterait plutôt devant la juridiction contentieuse. La solution se trouve dans une interprétation intelligente du texte de l'article 851 : toutes les fois que l'on n'est pas en présence d'une possession, acquise de manière non douteuse, exercée pendant longtemps sans réclamations et reconnue en fait par le voisin, elle n'est pas telle qu'elle puisse permettre de confondre les limites de la possession et de la propriété, et c'est au juge à décider du partage souverainement.

DEUXIÈME LIVRE

Des Droits personnels sur les choses

APERÇU GÉNÉRAL SUR LA REVISION DES TEXTES RELATIFS AUX RAPPORTS OBLIGATOIRES

Avant d'aborder l'étude des règles que le code revisé impose aux rapports obligatoires, il peut y avoir avantage à tenter une classification des textes, qui mette en relief ce qu'ils apportent de neuf, à quoi ils tendent et, par conséquent, dans quelle mesure ils affectent la vie juridique (1).

Il est, en effet, nombre de dispositions qui ne font qu'affirmer des solutions déjà existantes dans la jurisprudence ou qui n'étaient plus controversées que faiblement ; celle de l'art. 1100, soumettant aux usages locaux l'époque de paiement des loyers, l'acceptation de l'offre par le commencement d'exécution (art. 864) ; la soustraction au gage du bailleur des objets insaisissables (art. 1101 ; la restitution d'un prêt de jeu (art. 1174) ; le paiement par le créancier des frais de la quittance (art. 1426). De même, dans le cas où un homme est tué, le droit, pour toute personne dont il assurait l'entretien, de réclamer des dommages-intérêts, était déjà reconnu par la Cour Suprême, bien que la loi réservât ce droit à la femme et aux enfants (art. 1327). Nous sommes donc souvent en présence d'une simple codification du droit jurisprudentiel.

Mais il y a un nombre plus grand encore de dis-

(1) Die obligationenrechtlichen Bestimmungen der III Teil-novelle zum A.B.G.B., par Dr A. Wehli, dans *Gerichtszeitung*, 1917, N^{os} 43 et 44, 45 et 46, 47 et 48.

positions, qui apportent une modification véritable à l'état actuel du droit. Elles sont de deux sortes : ou bien elles touchent au contenu même du droit en vigueur (modifications de nature matérielle) ; ou bien elles n'y apportent pas de changements véritables (modifications de nature formelle), ce qui n'exclut pas leur grande portée pratique.

Le législateur, qui se propose de trouver la solution d'un problème juridique, considère les intérêts en conflit et s'arrête à une idée directrice qu'il met à la base de sa solution. Cette idée devra revêtir la forme d'un principe juridique. La découverte de cette formule n'est pas un problème purement littéraire, mais il est nettement juridique, mettant en jeu les règles d'une technique spéciale. Il lui faut arrêter le contour du principe à formuler, reconnaître celles de ses conséquences qu'il convient d'accueillir dans le code, déterminer la liberté d'interprétation que laisse la rédaction choisie, insérer enfin son principe dans l'ensemble des dispositions légales.

Beaucoup de textes nouveaux ne révèlent aucune altération de l'idée juridique ancienne. Seule son expression fut modifiée.

Il faut compter dans ce groupe les simples rectifications, tels les articles 927, 1097 et 1098. Aussi les cas, plus importants, où la revision a mis en relief des règles que jusqu'ici la loi n'acceptait qu'implicitement : la nullité des contrats contraires aux bonnes mœurs (art. 879), alors que le code ne parlait jadis que des contrats impossibles ou illégaux ; l'interprétation des contrats suivant l'intention des parties et les usages admis dans les rapports honnêtes (art. 914). Et encore, les refontes de tout un complexe de dispositions dans lequel l'idée fondamentale est restée inchangée, et où l'on n'a cherché qu'à mieux souligner sa mise en pratique : la théorie de l'erreur, telle qu'elle apparaît dans l'article 871 ; les obligations de garantie des articles 932 et 1167.

Aux modifications de nature formelle, se rattachent encore ces règles, qui assurent l'application du droit positif. Sans doute, ces règles se trouvent-elles surtout dans le droit procédural. Mais il en est cependant d'éparpillées dans le code, qui sans être purement de procédure n'ont cependant pas d'existence indépendante et n'ont qu'un rôle de soutien : telles sont les dispositions relatives aux présomptions de droit (art. 925-927) ; à la charge de la preuve, que les articles 1319 et 1320 déplacent au profit de la victime dans les cas de dommage causé par un bâtiment ou par un animal ; et aussi la suppression de l'article 887, qui enlevait tout effet aux conventions verbales faites au moment où il est dressé acte d'un contrat — ceci afin d'être plus près de la volonté des parties.

Ce sont encore ces dispositions, qui répondent à un besoin que la loi n'avait pas satisfait. Ce besoin peut être celui d'une réglementation nouvelle, exigée par l'évolution de la vie économique, et les modifications de la loi qui y répondent (nous les verrons plus loin) sont de nature matérielle. Mais ce peut être aussi celui d'une réglementation, qui donnerait un fondement meilleur à la loi dans son application et ferait disparaître une simple lacune formelle : telles les dispositions (art. 860 et suivants) sur la promesse de récompense, qui sans doute ne répondent pas à une réelle nécessité économique, mais sont plus satisfaisantes sans être vraiment nouvelles.

Enfin, se rangent dans ce premier groupe de modifications de nature formelle, les principes énoncés en des matières que la science juridique avait explorées déjà sans atteindre à des conclusions définitives : les contrats au profit de tiers, devenus si importants de nos jours et pour lesquels le code ne pouvait offrir que des solutions hasardeuses ; l'assignation et la reprise de dette (art. 1400-1410), dont le traitement n'était pas dans le code essentiellement défectueux, mais qui souffraient d'avoir été confondues dans la rédaction, en dépit de

leurs différences, et que le texte actuel distingue nettement.

En résumé, les dispositions de ce premier groupe servent à exprimer mieux le droit existant, à rendre plus sûre son application, plus net son contenu abstrait.

Le deuxième groupe est celui des dispositions introduisant des idées juridiques nouvelles, créant du droit nouveau. L'influence qu'a exercée l'évolution des temps modernes sur le code civil est diverse : certaines dispositions ont disparu, d'autres ont résisté avec succès, d'autres encore se sont fortifiées et développées.

En premier lieu, citons ces modifications, qui sont en réalité le développement normal d'institutions déjà en vigueur : la possibilité, étendue aux tiers, d'insister sur le caractère fictif d'une opération (art. 916), qui se complète par l'idée, soutenue par la jurisprudence, de la protection due aux tiers qui ont agi sur la foi de l'opération ; l'affermissement du droit de gage du bailleur (art. 1101) ; plus encore, la réglementation détaillée de la responsabilité de l'hôtelier pour les choses apportées par les voyageurs (art. 970).

D'autres modifications (nous y avons fait allusion plus haut) tendent à combler des lacunes matérielles du code, nées de rapports économiques nouveaux, et que l'interprétation des textes existants ne parvenait à écarter : telles les dispositions relatives au crédit : la responsabilité, pour les dettes existantes, de celui qui reprend une entreprise ou un patrimoine (art. 1409) ; la reprise de l'hypothèque, qui grève un immeuble, par l'acquéreur de cet immeuble (art. 1408) ; la répression des atteintes portées au crédit par la propagation de faits inexacts. Autre lacune plus grave : le contrat de services, dont le traitement par le code était d'une insuffisance flagrante et qui se trouve aujourd'hui

développé et entièrement révisé (art. 1151 et suivants).

Dans le deuxième groupe, entrent enfin les dispositions qui, sur des points que le code connaissait, proposent des solutions en conflit avec lui. Il y a ici véritable changement de la loi. Les considérations déterminantes en 1811 ont perdu leur force en 1916 ; elles doivent céder, soit devant des conditions de vie nouvelles, soit devant une sensibilité juridique, un sentiment du droit évolués. Ces dispositions sont d'ordre contractuel et délictuel.

Le droit contractuel est essentiellement le droit des échanges, des transactions ; c'est donc celui qui vieillit le plus vite, car les usages admis en affaires se modifient trop rapidement pour que la loi puisse à mesure les accepter. Il fallait rajeunir les textes. D'où le nouvel article 862, sur l'acceptation de l'offre et le maintien de celle-ci en cas de décès de l'une des parties avant l'acceptation ; l'article 902, sur le calcul du délai d'exécution ; l'article 905, sur le lieu d'exécution. Plus importantes sont les dispositions (art. 918 et suivants) sur les suites de la non-exécution : le droit de résiliation, dénié par le code de 1811, est pleinement reconnu, à l'imitation des codes civils français et allemand, et aussi du code de commerce autrichien. Il est à remarquer que, sans que l'on puisse en aucune manière parler d'une commercialisation du droit civil, les textes nouveaux en de nombreux points de détail se sont inspirés des solutions plus modernes du droit commercial.

Les dispositions relatives à l'obligation pour l'auteur d'un dommage d'indemniser sa victime sont, de tout le droit privé, parmi celles où se reflète le mieux le sentiment du droit d'une époque. Des considérations sociales, économiques, ont coutume d'intervenir ici. Aussi est-il naturel que tout ce chapitre ait été profondément remanié : responsabilité pour tout acte préjudiciable contraire aux bonnes mœurs, pour tout dommage causé même en état de nécessité, pour tout abus

dans l'exercice d'un droit, sont trois traits caractéristiques du système nouveau, qui s'opposent radicalement aux solutions anciennes. Il faut pour terminer y ajouter la responsabilité du maître et de l'entrepreneur pour les fautes de ceux qu'ils emploient (art. 1313a).

Telle est dans ses grandes lignes et sans que nous prétendions avoir cité tous les textes, la classification qui permet d'embrasser l'ensemble de la revision dans la matière des obligations et d'en apercevoir le mieux les nouveautés et la portée pratique.

CHAPITRE XVII. — *Des contrats et des actes juridiques en général*

Ce chapitre, d'une importance capitale, comprenait une suite de points, qui, de façon pressante, réclamaient d'être modifiés ou complétés : théorie de l'offre et de l'acceptation, contrats illicites, forme des contrats, stipulation pour autrui, effets de la non-exécution, prestations de garantie. Points si nombreux que le programme de revision finit par entraîner la refonte presque complète du chapitre, touchant même à des détails, dont le rajeunissement n'était pas une nécessité absolue.

— Du fondement des droits personnels sur les choses.

Art. 859. — Les droits personnels sur les choses, en vertu desquels une personne est obligée envers une autre à une prestation, se fondent ou directement sur la loi, ou sur un *acte juridique*, ou sur un dommage souffert. (Nov. III, art. 79).

Ancien texte : « ...ou directement sur la loi ou sur un contrat, ou... »

— De la promesse de récompense.

Du point de vue de la théorie, les dispositions réglant la promesse de récompense ne trouvent pas place dans cette partie du droit des obligations, qui groupe les rapports selon leur but économique. La promesse de récompense propose un mode exceptionnel de s'obliger. L'insérer, comme le fait le code allemand (art. 657), à côté des contrats d'ouvrage et de services, risque d'induire en erreur sur la nature de cette institution. Sa vraie place était dans la partie générale et, puisqu'il s'agit d'un mode unilatéral de se lier, avant l'article 861, qui dispose pour la conclusion des contrats. L'article 860, dépourvu de valeur législative, devait disparaître, pour qu'on lui substitue le texte nouveau. On évita de donner une réglementation détaillée, car il s'agissait plus d'admettre un type d'obligations que de décrire une opération juridique, dont la forme est commandée par le but poursuivi. Les conditions, qui donnent force obligatoire à la promesse, sont seules indiquées.

Art. 860. — *La promesse d'une récompense pour un acte à accomplir ou un résultat à atteindre, qui n'est pas faite à une personne déterminée, devient obligatoire par la publicité qu'on lui donne. Une promesse, si elle a pour objet un concours, n'est valable que lorsqu'un délai est fixé dans l'annonce publique qui en est faite.* (Nov. III, art. 76).

Art. 860 a. — *Jusqu'à l'exécution de l'acte, la promesse de récompense peut être révoquée dans la forme qui fut choisie pour l'annoncer ou dans une forme équivalente, ou par une communication particulière, lorsqu'il n'a pas été expressément renoncé à ce droit dans l'annonce de la récompense ou par l'effet de la fixation d'un délai. La révocation est inefficace contre celui qui a accompli l'acte en vue de s'assurer la récompense, lorsqu'il prouve que la révocation lui était à ce moment inconnue sans qu'il y ait faute de sa part.* (Nov. III, art. 77).

Art. 860 b. — Si l'acte a été accompli par plusieurs personnes, la récompense, à moins qu'une volonté contraire n'ait été exprimée, appartient à celui qui l'a accompli le premier ; et en cas d'exécution simultanée, elle appartient à tous pour des parts égales. (Nov. III, art. 77).

La construction de la promesse de récompense hésite entre deux théories : 1° celle qui voit en elle une offre de contrat, dans le sens de l'article 861, offre qui s'adresse à des personnes indéterminées et qui ne lie l'offrant que par l'acceptation réalisée en exécutant l'acte demandé ; 2° celle qui voit dans la promesse, dans la déclaration unilatérale, publique, une source immédiate d'obligation. Le code ignore cette dernière théorie et la doctrine, comme la jurisprudence autrichienne, se prononçait en grande majorité pour la première. Elle présente cependant quelques difficultés :

Avec le système du code, dont la revision n'a pas altéré les principes fondamentaux sur la conclusion des contrats, la théorie de l'offre présente de sérieuses difficultés : car cette offre de récompense est essentiellement révocable à tout moment, alors que le code ne connaît que les offres irrévocables pendant un certain délai et qui s'éteignent d'office après ce délai. La durée de ce délai est commandée par les conditions de la nature de la transaction projetée entre l'offrant et l'acceptant éventuel. Elle est indéterminable dans le cas d'une offre de récompense, dont l'auteur ignore qui elle atteindra et à quel moment. La possibilité d'une révocation, même aussitôt après l'émission de l'offre, apparaît donc comme une nécessité qui heurte les règles admises par le code.

Autre difficulté : toute acceptation implique la connaissance préalable de l'offre. Il faudrait donc que celui qui accomplit l'acte demandé agisse toujours en connaissance de l'offre. La solution contraire est ce-

pendant admise. Objection que toutes les subtilités imaginées par les juristes ne parviennent pas à écarter.

Une troisième difficulté, née de l'extinction de l'offre de récompense par la mort de son auteur, a disparu depuis que l'article 862 a supprimé cet effet de la mort.

Ces considérations firent que le projet de la sous-commission de 1909 se prononça pour la théorie de la promesse unilatérale créatrice immédiate d'obligation, ainsi que l'avaient fait le code allemand (art. 657) et les codes antérieurs de Prusse et de Saxe. Elle répond au désir qu'a l'auteur de l'offre publique d'être lié par elle en toute bonne foi. Ce caractère obligatoire naît de la publicité, ainsi qu'il est dit expressément dans l'article 860 — alors que cet effet de la publicité n'est révélé que négativement par la rédaction de l'article 657 du code allemand. La possibilité pour toute personne qui exécute la prestation, même en ignorant la promesse, de réclamer la récompense, est une conséquence évidente. Il en résulte encore que la publicité est de l'essence de cette institution.

La terminologie de l'article 860 mérite d'être remarquée : « Zusage » désigne la promesse, alors que « Versprechen » est réservé à l'article 862, à l'offre d'un contrat. La récompense est la « Belohnung », la prime ; et non l'« Entlohnung » ou l'« Entgelt » des contrats que définit l'article 917.

L'article 860a règle la faculté de révocation de l'auteur de la promesse. Cette faculté existe, dans les contrats, lorsque les parties s'accordent sur elle et elle se réalise dans la forme même de la conclusion. Quoi d'étonnant si pour une obligation, née d'une déclaration unilatérale publique, il suffise d'une révocation unilatérale publique de la promesse pour délier l'obligé ? Et c'est ce qu'exprime l'article 860a. La forme de la révocation ne doit pas être identique à la forme de la déclaration, il suffit que son effet soit égal.

Cette faculté de révocation peut être limitée : le promettant tout d'abord peut s'imposer l'irrévocabilité de la promesse pendant un temps déterminé. La loi présume même (sans l'imposer) cette irrévocabilité par la simple fixation d'un délai pour l'accomplissement de l'acte. Mais la principale limitation résulte de l'exécution ou du commencement d'exécution de la prestation. Il faudrait, en ce dernier cas, nier tout effet à la révocation, non seulement à l'égard de celui dont l'activité s'est déjà employée, mais aussi de tout autre, pour sauvegarder l'idée de compétition ; mais il faudrait aussi qu'il prouvât que son activité eût été couronnée de succès. Preuves difficiles et sources de procès où triompherait l'appréciation arbitraire du juge. Il en serait de même si l'on adoptait la solution du code suisse des obligations (art. 8), d'après lequel celui qui a fait des dépenses, en vue de l'accomplissement de l'acte, doit être indemnisé, si toutefois le promettant ne démontre pas que l'acte n'eût pas été finalement accompli. Pour éviter ces incertitudes, la sous-commission décida que la faculté de révocation serait maintenue jusqu'à l'exécution complète de la prestation ; mais que, dès ce moment, elle serait sans effet, même contre celui qui aurait exécuté dans l'ignorance de la promesse.

— De la conclusion du contrat.

Les dispositions du code relatives au délai d'acceptation de l'offre étaient incertaines et désuètes. Les effets sur l'offre de la mort ou de l'incapacité d'une des parties, l'acceptation par commencement d'exécution étaient des points sur lesquels plus de clarté était souhaitable. Des solutions nouvelles furent accueillies, qui donnent satisfaction aux critiques.

Art. 862. — L'offre doit être acceptée dans le délai fixé par l'offrant. En l'absence de délai, *l'offre doit être acceptée de suite entre présents ou entre person-*

nes communiquant par téléphone ; entre absents, elle peut être acceptée jusqu'au moment où l'auteur de l'offre, supposant qu'elle est parvenue à destination dans un temps normal, est en droit d'attendre une réponse, qui lui serait transmise en temps utile et régulièrement. Faute de quoi, l'offre est considérée comme éteinte. L'offre ne peut pas être rétractée avant l'expiration du délai fixé. L'offre ne s'éteint pas, lorsqu'une partie meurt ou devient incapable pendant le délai d'acceptation, pour autant qu'une volonté contraire de l'auteur de l'offre ne ressort pas des circonstances. (Nov. III, art. 81).

Art. 862 a. — L'acceptation a lieu en temps utile, lorsque la déclaration d'acceptation est parvenue à l'auteur de l'offre endéans le délai. Bien que sa réception soit tardive, le contrat toutefois se forme, lorsque l'offrant devait nécessairement s'apercevoir que la déclaration d'acceptation avait été envoyée en temps utile et que néanmoins il n'avise pas sans retard l'acceptant de la résiliation. (Nov. III, art. 82).

Art. 863. — On peut déclarer sa volonté non seulement expressément par parole et signes généralement admis, mais encore tacitement par des actes, qui, eu égard à toutes les circonstances, ne laissent aucun motif raisonnable de douter.

Pour ce qui regarde la signification et l'effet d'actes et d'omissions, il convient de tenir compte des habitudes et des usages du commerce honnête. (Nov. III, art. 83).

Art. 864. — Si la nature de l'opération ou les usages ne permettent pas d'attendre une déclaration expresse d'acceptation, le contrat se forme lorsqu'il a été répondu positivement à l'offre dans le délai déterminé par son auteur ou par les circonstances. (Nov. III, art. 84).

La solution de l'article 862 est celle de l'article 313 du code de commerce, mais sa rédaction souligne

qu'après le délai normal d'acceptation, non seulement l'offre devient révocable, mais est éteinte d'office.

L'identité des offres par téléphone et entre présents était reconnue déjà par le code allemand (art. 147) et le code suisse des obligations (art. 4, al. 2).

L'ancien article 918 disposait que : « une promesse qui n'a pas été acceptée ne passe point aux héritiers, alors même qu'une des parties seulement est décédée pendant le délai laissé à la réflexion ». Règle critiquable que le code empruntait au droit romain, mais que ne justifiait aucune nécessité juridique, ni aucune opportunité législative. Les arguments, qui ont fait admettre la transmission aux héritiers des contrats déjà conclus, s'appliquent avec autant de force à l'offre en suspens. Ces arguments valent encore s'il s'agit, non de la mort de l'une des parties, mais de son incapacité. C'est pourquoi l'article 862 pose une règle contraire à celle admise jadis : la mort ou l'incapacité de l'une ou l'autre partie est sans effet sur l'offre (cf. art. 297, C. de com. ; art. 153 C.C. allemand).

D'après la première phrase de l'art. 862a, le contrat est parfait au moment de la réception de l'acceptation. Ce succès de la théorie de la réception s'explique parce qu'elle semble la plus pratique, et peut-être aussi parce que c'était là déjà la solution du code de commerce (art. 319) et du code civil allemand (art. 130).

La réception tardive de l'acceptation, qui fut envoyée en temps utile (art. 862a, 2^e phrase), impose à l'auteur de l'offre le devoir d'en aviser sans délai l'acceptant, sous peine d'être lié par le contrat (cf. art. 149 C. C. allemand ; art. 5, al. 3, C. suisse des obligations).

La revision ne pouvait ignorer l'hypothèse fort controversée où la nature de l'opération, les usages admis rendent improbable une acceptation expresse de l'offre, mais où la personne acceptante commence aussitôt d'exécuter. La règle de l'article 862 devait flé-

chir ici. Toutefois, il ne s'agit pas d'interpréter le simple silence comme une acceptation. Il faut une exécution de fait pour parfaire le contrat, qu'elle soit ou non connue de l'auteur de l'offre ; la seule particularité est qu'aucune déclaration d'acceptation n'est exigée. A quel moment l'acceptant est tenu d'avertir l'auteur de l'offre que l'exécution a été commencée, est une question qui dépasse le domaine de la formation du contrat et appartient à celui du devoir de diligence né du contrat parfait.

Le projet gouvernemental avait prévu la possibilité pour l'auteur de l'offre de renoncer à une déclaration d'acceptation. Disposition dangereuse, qui imposait au destinataire de l'offre la nécessité de la rejeter et risquait de le lier à un contrat, s'il négligeait de le faire en temps utile. La sous-commission corrigea le projet sur ce point (cf. art. 151 C.C. allemand : « le contrat est formé par l'acceptation de l'offre, sans que cette acceptation ait besoin d'être déclarée envers l'auteur de l'offre, toutes les fois que... ou que l'auteur de l'offre y a renoncé »).

— Des conditions de validité du contrat.

Les modifications apportées aux règles relatives à l'erreur ne sont pas profondes ; le code avait remporté en cette matière un de ses plus beaux succès. La revision a laissé intacte la pensée fondamentale et n'a cherché qu'à en rendre plus sensibles les effets. Cette pensée est celle de la protection due à la confiance que met une partie dans la déclaration de l'autre. D'où il découle, en principe, que le contrat est valable en dépit de l'erreur de celui qui fit la déclaration ; seule importe l'erreur de celui qui reçoit la déclaration, soit qu'elle ait été causée par l'autre partie, soit que celle-ci ait dû la connaître.

Il était d'autre part contraire à toute bonne foi de lier une partie à son contrat, lorsque son erreur était

née des manœuvres dolosives dont elle avait été victime, sous prétexte que cette erreur n'avait pas trait à l'objet principal du contrat ou à une qualité essentielle de la chose. L'ancien article 874 assurait, péniblement et par des voies détournées, la protection de la personne trompée contre ses manœuvres. Une retouche était ici encore devenue nécessaire.

Art. 870. — Celui que le dol de *l'autre* partie ou une crainte injuste et fondée (art. 55) a *déterminé* à contracter, n'est pas lié par le contrat. (Nov. III, art. 85).

Art. 871. — Lorsqu'une partie *s'est trompée sur le contenu de la déclaration qu'elle a faite ou de celle que lui a transmise l'autre partie*, et que l'erreur a trait à la chose principale ou à une qualité essentielle sur laquelle l'intention du contractant s'est nettement déclarée, la partie induite en erreur n'est point liée, si l'erreur a été provoquée par l'autre partie, ou si celle-ci, *d'après les circonstances, a dû nécessairement s'apercevoir de l'erreur, ou si elle lui est apparue en temps utile*. (Nov. III, art. 86).

Art. 875. — Si l'une des parties a été amenée à contracter *par le dol* d'un tiers ou la crainte injuste et fondée que lui inspire ce tiers, ou à *émettre par erreur une déclaration*, le contrat est valable. Ce n'est que dans le cas où l'autre partie aurait pris part à l'acte du tiers, ou devait évidemment en avoir connaissance, qu'il y ait lieu d'appliquer les articles 870 à 874. (Nov. III, art. 87).

Art. 876. — *Les dispositions ci-dessus (art. 869 à 875) reçoivent une application correspondante dans les autres cas où une déclaration de volonté est émise envers autrui*. (Nov. III, art. 88).

Les articles 870 et 875 assimilent le dol à la violence. C'était la solution du code de la Galicie occidentale, et si le code de 1811 l'avait rejetée, c'était que

l'on craignait que, par opposition aux articles 871 et 872, toute erreur causée par le dol, si minime fût-elle, annulât le contrat. Pareille interprétation n'est plus à redouter aujourd'hui : l'erreur causée par le dol n'aura d'influence sur la validité du contrat que si elle fut la cause déterminante de celui-ci ; elle ne peut être dès lors une erreur minime, elle est nécessairement fondamentale.

Au point de vue de l'erreur exclusive du dol, la revision a fusionné les anciens articles 871 (où la partie induite en erreur est aussi celle qui reçoit la déclaration) et 876 (où la partie déclarante est elle-même dans l'erreur et où elle ne peut se délier que si l'erreur a dû nécessairement frapper la partie acceptante). La rédaction de ces articles était defectueuse : elle semblait impliquer qu'une intention maligne, ou du moins une faute, devait exister chez la partie qui induisait en erreur. Or les rédacteurs du code étaient nettement d'avis que la confiance accordée par la partie acceptante devait être protégée, sans avoir égard à la faute ou à l'innocence du co-contractant. La jurisprudence s'y était souvent trompée. Il importait de corriger cette rédaction en supprimant les mots : « ...induite en erreur par les allégations fausses » de l'autre partie (art. 871) et « ... est seule en faute » (art. 876).

Si des altérations sont apportées à une déclaration au cours de sa transmission (par le télégraphe, par exemple) il est certain que l'auteur de cette déclaration doit supporter les conséquences de l'erreur qui en résulte (cf. art. 120 C.C. allemand ; et les législations anglaise et américaine).

L'erreur dont parle l'article 871 doit être « fondamentale », c'est-à-dire que le contenu de la déclaration doit ne pas coïncider avec la volonté du déclarant. Une erreur sur les qualités de la chose ou de la personne visée par la déclaration, rentre-t-elle dans cette définition ? N'est-elle pas une simple erreur sur les motifs ? Pour écarter les doutes, l'article a repris les ter-

mes mêmes de l'ancien texte, bien qu'il fût assez clair que seule l'erreur sur l'objet même du contrat, ou sur un élément essentiel, était « fondamentale ». Admettre que l'on discutât les motifs, c'était introduire l'incertitude dans les contrats et multiplier les procès de pure chicane. Une innovation est apportée par la dernière phrase de l'article 871 ; jusqu'ici la personne déclarante, qui est seule cause de son erreur, ne pouvait se délier que si l'erreur avait dû évidemment frapper l'autre partie. On ajoute à présent : « ...ou si l'erreur est apparue à cette partie en temps utile », c'est-à-dire « re integra », avant qu'elle ait agi sur la foi de la déclaration.

Pour donner son entière portée à la réglementation actuelle de l'erreur, du dol et de la violence, elle se termine (art. 876) par l'affirmation qu'elle s'applique aussi, en dehors des contrats, à toutes déclarations destinées à être connues d'autrui, dont la foi en elle mérite donc d'être protégée.

— Des caractères possible et licite des contrats.

Le code de 1811 avait dans la rédaction des articles 878 et 879 malencontreusement mêlé ces deux caractères. C'était pratiquement trompeur et théoriquement inexact, puisque la possibilité a trait à la prestation, tandis que le caractère licite ou moral a trait au fondement même du contrat. La rédaction actuelle évite cette confusion, tout en introduisant quelques innovations.

Art. 878. — Ce qui est absolument impossible ne peut faire l'objet d'un contrat valable. *Stipule-t-on à la fois une chose possible et une chose impossible, le contrat reste valable pour la première partie, lorsque d'ailleurs rien dans le contrat ne démontre qu'aucun point ne pourrait être séparé de l'autre. Celui qui lors de la conclusion, connaissait ou devait connaître l'im-*

possibilité d'exécution, doit à l'autre partie, s'il en est autrement pour elle, la réparation du dommage qu'elle a souffert par sa croyance à la validité du contrat. (Nov. III, art. 89).

Art. 879. — *Un contrat qui heurte une défense légale ou les bonnes mœurs est nul.*

Sont nulles en particulier les conventions suivantes :

1 — quand on a stipulé un prix pour la négociation d'un mariage ;

2 — quand un avocat achète en tout ou en partie un procès qui lui est confié, ou se fait promettre une partie déterminée de la somme que son client se verra attribuer ;

3 — quand on aliène une succession ou un legs, du vivant de la personne dont on l'attend ;

4 — quand quelqu'un profite de la légèreté, de l'état de contrainte, de la faiblesse d'esprit, de l'inexpérience ou de l'émotion d'autrui, pour se faire promettre ou accorder, ou faire promettre ou accorder à autrui, une prestation, alors que la valeur de la contre-prestation est dans une disproportion flagrante avec celle de la prestation. (Nov. III, art. 90).

L'article 878 n'apporte rien de nouveau sous sa forme présente : la première phrase de l'ancien article (« tout ce qui est dans le commerce peut faire l'objet d'un contrat ») a disparu ; elle faisait double emploi avec l'article 880 : « Lorsque l'objet du contrat est retiré du commerce avant sa remise, le contrat est non avenu. » La deuxième phrase du texte actuel, qui dispose pour les contrats dont l'objet est en partie impossible, n'est que la reproduction de l'ancien article 882 ; elle met en relief que le sort du contrat, en cas d'impossibilité partielle, dépend de la volonté des parties, alors qu'il dépendrait de la rigueur de la défense légale ou de la gravité de la violation faite aux bonnes mœurs, si l'objet en était en partie illicite. Quant à la règle, qui

terminait auparavant l'article et qui imposait la restitution du bénéfice que l'on avait pu retirer d'un contrat impossible ou illicite, elle était inutile, car ce principe était énoncé déjà dans les articles 877, 1174 et 1447 (2).

C'est dans l'article 879 que se trouvent les innovations. Elles se rapportent d'abord aux contrats contraires aux bonnes mœurs. Sans doute, était-il admis généralement que le terme « illicite » visait non seulement la transgression d'une prohibition légale, mais aussi d'un simple précepte moral. Et l'on rappelait que les sociétés non autorisées étaient définies par l'article 26 : « celles qui sont évidemment contraires à la sûreté, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

Mais l'expression formelle de la volonté du législateur sur ce point n'était pas à rejeter pour deux motifs :

1° Même si l'on juge préférable de renoncer à délimiter la notion de contrat contraire aux bonnes mœurs et de s'en remettre à la science et au tact du juge, la loi cependant peut et doit fixer quelques points de repère. L'article 878 ancien, dans l'interprétation large qu'on lui donnait, ne pouvait néanmoins s'appliquer que si l'objet du contrat était illicite. Or il peut se faire qu'une prestation parfaitement acceptable donne naissance à un contrat illicite, par ce seul fait que la contre prestation est calculée en argent. D'autre part, la violation des bonnes mœurs ne doit pas se révéler dans les termes mêmes du contrat, mais

(2) Art. 1447. — La perte totale et accidentelle d'une chose déterminée éteint toute obligation, même celle d'en payer la valeur. Ce principe est également applicable aux cas dans lesquels l'accomplissement de l'obligation ou le paiement de la dette est rendu impossible par quelque autre accident. Dans tous les cas, le débiteur doit restituer ce qu'il a reçu à l'effet d'accomplir l'obligation ou en restituer la valeur comme le ferait un possesseur de bonne foi, mais de manière qu'il ne retire aucun profit du dommage d'autrui.

elle doit exister dans le but sur lequel l'accord s'est fait. L'examen du caractère des motifs, qui ont déterminé les parties à contracter, doit être écarté. C'est ce qui ressort du texte actuel : on n'y parle plus de l'immoralité de *l'objet* du contrat, comme le faisait l'ancien article 878, ou de son *contenu* (art. 956 du projet de C.C. hongrois), mais « de *contrats* qui violent les bonnes mœurs » — de contrats, c'est-à-dire d'une part sa cause et non ses termes ; de l'autre, sa perfection et non les raisons subjectives de sa conclusion. Le code suisse des obligations (art. 20) met ce point de vue admirablement en relief en parlant de l'impossibilité du *contenu* du contrat et de la violation des bonnes mœurs qu'entraîne le *contrat*.

2° Un autre motif, qui justifie l'énonciation d'une règle en cette matière, est qu'un désaccord avait surgi à l'occasion de la violation faite à l'ordre public. Se fondant sur l'article 26, cité plus haut, le projet gouvernemental avait ajouté les mots « contraires à l'ordre public », observant qu'un acte juridique pouvait fort bien déroger aux règles fondamentales du droit contemporain et par conséquent à l'ordre public, sans pour cela heurter le moins du monde les bonnes mœurs. La sous-commission fut au contraire d'avis, qu'il était fort dangereux de laisser au juge le soin de peser la moralité des contrats, du point de vue de l'intérêt public, à l'aide d'un critérium élastique, qui risquait d'être souvent arbitraire à une époque où les antagonismes politiques et sociaux sont violents. En outre, en omettant l'ordre public dans l'article 879, on ne créait aucun conflit avec l'article 26, car un organisme autonome, doué de personnalité juridique, doit être toujours plus complètement dépendant des courants politiques et du pouvoir de police, que ne saurait être l'individu, dont la liberté de contracter est un droit fondamental.

Le rapprochement établi entre les bonnes mœurs et l'ordre public vient du code civil français, article

6 et article 1133, mais où l'on vise des « lois qui intéressent l'ordre public » et des dispositions positives, non une notion métaphysique ; c'est la forme moderne de l'adage « *jus publicum pactis privatorum derogari non potest* ». En se limitant à la prohibition des contrats contraires aux bonnes mœurs, le code révisé n'offre aucune lacune, car en fait dans presque tous les cas, si le contrat heurte l'ordre public, il blessera aussi les bonnes mœurs.

L'examen des contrats spécialement frappés d'une nullité par l'article 879 appelle quelques observations :

L'interdiction pour un avocat d'acheter un procès dont il s'est chargé a été renforcée par la nouvelle. Elle adopte la jurisprudence des Chambres d'avocats et de la Cour Suprême, en prohibant l'achat partiel d'un procès, ou la stipulation d'une fraction déterminée de la somme en litige.

D'autre part, la disposition, qui défendait à un médecin de se faire promettre par le malade une certaine récompense pour se charger de sa guérison, est omise comme inapplicable dans la pratique.

Mais une addition importante fut faite en prohibant les contrats usuraires (art. 879, al. 4). La loi du 25 mai 1881 punissant l'usure n'avait qu'une portée restreinte. Un projet de loi présenté en 1909 l'élargissait notablement, en donnant une définition plus compréhensive de l'usure, en parlant de « l'état de contrainte » (*Zwangslage*), et non plus seulement de « besoin » (*Notlage*), et sans exiger que cet état fut connu de l'autre partie. Le droit civil ne pouvait reconnaître un acte juridique que le droit pénal interdisait comme immoral ; pas même sous réserve, car au lieu de nul, l'acte ne serait alors qu'annulable, et sa validité dépendrait de la volonté de la victime. La notion d'usure ne peut être plus étroite en droit civil qu'elle ne l'est en droit pénal. Et c'est du projet de loi de 1909 que l'on s'est inspiré.

Le droit civil devait même en deux points dépasser le droit pénal ; autrement, l'alinéa 1 de l'article 879 aurait suffi à couvrir les cas visés par le projet de loi : 1° la répression pénale n'atteint que l'usure professionnelle en matière de marchandises. Le droit civil condamne, au nom de la morale, toute opération usuraire, même isolée ; 2° la répression pénale n'atteint que l'exploitation de la victime, réalisée par le transfert de biens ou l'inscription de droits d'usage ; elle n'atteint pas les contrats de prêt, car, disait-on, l'évaluation de prestations personnelles rencontre trop de difficultés. Le droit civil embrasse par sa formule tous les contrats à titre onéreux. La crainte que pareille disposition, si défavorable pour l'une des parties, créerait l'incertitude dans les rapports contractuels semble à peine fondée, car l'élément décisif sera toujours l'exploitation flagrante d'une partie par l'autre.

Le plus délicat problème soulevé par cette innovation (3) naît de l'existence de l'article 934 (non modifié), qui dispose pour la lésion de plus de moitié : « Quand dans les contrats synallagmatiques, l'une des parties n'a pas même reçu de l'autre en valeur commune la moitié de ce qu'elle lui a donné, la loi accorde à la partie lésée le droit d'en demander la rescision, ainsi que la restitution des choses en leur état antérieur ; mais l'autre partie a la faculté de maintenir la transaction en déclarant qu'elle est prête à fournir le complément jusqu'à concurrence de la valeur commune. La différence des valeurs se détermine d'après l'époque où le contrat a été conclu. » Cette disposition, avec la notion de « *laesio enormis* » réalisée lorsqu'une prestation n'atteint pas en valeur commune la moitié de l'autre, est d'origine romaine. Le dévelop-

(3) Die *laesio enormis* im Verhältnis zum novellierten art. 879, al. 4, A.B.G.B., par Dr. J. Apfelbaum, dans *Gerichtshalle* 1917, N° 31.

pement de l'action en nullité pour lésion fit que l'on admit quelques exceptions : « Ce moyen légal n'existe pas pour celui qui y a expressément renoncé, ou qui a déclaré vouloir prendre la chose pour une valeur extraordinaire par suite d'une affection particulière, ou qui a consenti à prendre la chose pour une valeur disproportionnée, bien que la valeur véritable lui fût connue. » (art. 935). L'évolution de l'idée de lésion énorme rendant annulable l'opération aboutit à la « disproportion flagrante », qui la frappe de nullité absolue, telle qu'elle apparaît dans l'article 879, alinéa 4.

Quels sont les points de contact de ces deux états d'une même idée, coexistant dans le code ? La différence se trouve dans la forme de sa mise en œuvre et dans ses effets. Dans le cas de l'article 934, il suffit de prouver que la lésion est bien de la moitié de la valeur commune, sans s'arrêter aux motifs de la transaction. Dans celui de l'article 879, al. 4, il faut prouver le préjudice subi et l'exploitation de la légèreté d'esprit, l'état de contrainte, l'inexpérience ou l'émotion du co-contractant.

L'effet de cette preuve dans chacun de ces cas est différent : l'exploitation de la partie lésée, d'après l'article 879, alinéa 4, rend nul le contrat, alors même que la lésion n'est pas de la moitié, mais du quart seulement, ou encore d'une fraction inférieure, car il appartient au juge de décider librement si la disproportion des valeurs est flagrante. L'effet de l'action fondée sur l'article 934 n'est aucunement de rendre nul le contrat : la partie coupable a la faculté de maintenir la transaction en se déclarant prête à payer le complément jusqu'à concurrence de la valeur commune. D'une part, nullité absolue ; de l'autre, rescision facultative. D'où, il ne saurait être question dans le premier cas, d'une renonciation au moyen d'action, d'une affection particulière, qui expliquerait l'acceptation de la valeur extraordinaire, ou de l'ac-

ceptation de cette valeur en connaissance de cause ; toutes possibilités expressément prévues dans le deuxième cas. On ne pourrait davantage invoquer l'article 1386 (4) pour écarter l'application de l'article 879, alinéa 4.

Mais il faut reconnaître que, si l'action intentée en vertu de cet article a des effets plus rigoureux que celle de l'article 934, la preuve de l'exploitation de la partie lésée est aussi plus délicate à faire, à cause de son caractère psychologique, et incitera souvent le demandeur à poursuivre plutôt la rescision de l'article 934, si cette voie lui est ouverte.

— Des promesses et des stipulations pour autrui.

Sous la rubrique « possibilités de la prestation », le code de 1811 avait glissé une disposition énonçant que « nul ne peut donner ou accepter une promesse pour autrui » (ancien article 881). Il en résultait qu'une personne dépourvue de mandat ne pouvait, au nom d'autrui, faire naître directement des droits ou des devoirs ; ni, en son nom propre, faire naître indirectement un droit au profit d'un tiers. C'était l'exclusion de la représentation directe et de la stipulation pour autrui. L'exclusion de la première relève du droit du mandat (articles 1016 et 1017). Quant à l'exclusion de la seconde, elle a disparu dans le nouvel article 881.

La deuxième phrase de l'ancien article 881, qui déterminait l'obligation du porte-fort, fut légèrement retouchée et devint l'article 880 a. L'ancien article 882 est aujourd'hui inséré dans l'article 878.

Art. 880 a. — Quelqu'un a-t-il promis à autrui le fait d'un tiers, il promet par là son intervention auprès du tiers ; s'il a répondu au contraire du suc-

(4) Art. 1386. — On ne peut, sous le prétexte de la lésion d'outre moitié, attaquer une transaction conclue de bonne foi.

cès de son entremise, il est tenu de fournir entière satisfaction, lorsque le fait du tiers ne se produit pas. (Nov. III, art. 91).

Art. 881. — Si quelqu'un a stipulé au profit d'un tiers, il peut poursuivre l'exécution au profit du tiers.

Quant à savoir si et à quel moment le tiers acquiert le droit direct d'exiger l'exécution du promettant, il faut en juger d'après la convention, la nature et le but du contrat. En cas de doute, le tiers aura ce droit, lorsque la prestation doit surtout lui profiter.

Le droit aux prestations, qui, lors de la cession d'un bien, ont été promises par le cessionnaire au profit d'un tiers, prend naissance pour ce tiers au moment de la délivrance du bien, sauf conventions contraires. (Nov. III, art. 106).

Art. 882. — Si le tiers repousse le droit, qui était né pour lui du contrat, ce droit est considéré comme non acquis. Les moyens de défense tirés du contrat appartiennent au promettant également à l'encontre du tiers. (Nov. III, art. 107).

Les contrats au profit de tiers, on le sait, ont acquis depuis la codification de 1811 une importance considérable et imprévue. Et la négation de leur possibilité par l'article 881 ancien n'était pas compensée par l'article 1019, qui stipulait : « Quand le mandataire a reçu et accepté le mandat de conférer un avantage à un tiers, celui-ci acquiert le droit d'actionner le mandataire ainsi que le mandant, à partir du jour où il en a reçu l'avis de l'un ou de l'autre ». C'était là une admission du contrat au profit d'un tiers, mais seulement comme cas particulier du mandat. La jurisprudence s'ingénia à tirer de ce texte tout ce qu'il pouvait donner, et même davantage. La clarté de la loi en souffrit. D'autre part, la doctrine avait unanimement reconnu la validité de la stipulation pour autrui et en avait étudié les modalités. La revision ne

pouvait passer cette institution sous silence.

L'idée fondamentale de la réglementation nouvelle est que la promesse d'une prestation au profit d'un tiers n'est nullement une anomalie, mais obéit au droit commun contractuel, c'est-à-dire que : 1 — le promettant doit la prestation à celui qui a reçu la promesse. A moins que l'on ne soutienne, avec Geller, que la loi refuse sa protection à tout intérêt altruiste, rien n'est plus naturel que ceci ; car celui qui fait la promesse de prêter au profit d'un tiers s'engage aussi à l'égard de celui qui la reçoit « à faire quelque chose en sa faveur », comme le veut l'article 861. 2 — Le tiers acquiert directement un droit contre le promettant. Nul doute que le but du contrat n'est le plus souvent atteint que de la sorte, et nulle raison (en dehors des limitations générales à la liberté contractuelle) d'y faire obstacle. Le contrat au profit d'un tiers n'est pas une opération spéciale, répondant à un besoin déterminé, telle que la vente, le dépôt, la donation ; c'est une *forme* qui peut couvrir les opérations les plus diverses, dans lesquelles celui qui reçoit la promesse trouve la contrepartie de sa propre prestation dans la création d'un droit acquis par le tiers. Aussi la loi se borne-t-elle à présenter cette forme, à ouvrir des possibilités aux parties pour qu'elles puissent réaliser le but poursuivi, tel qu'il résulte de l'opération, puisque les contractants le plus souvent ne se seront pas exprimés sur le caractère juridique du rapport établi. Ce sera de la convention, de la nature et du but du contrat, que dépendra pour le tiers l'existence d'un droit d'action. La commission crut utile d'apporter au juge le secours d'une règle d'interprétation, sans aller dans cette voie aussi loin que l'article 330 du code allemand (5) ; elle décida qu'en cas de doute, le tiers aurait le droit d'agir

(5) Art. 330. — ...il y a lieu, au cas de doute, d'admettre que le tiers doit acquérir directement le droit de poursuivre la prestation.

si la prestation devait surtout lui profiter.

Il est aussi difficile de dire de manière générale à quel moment prend naissance le droit du tiers contre le promettant, moment qui mettra fin à la faculté de révoquer ou de modifier le contrat au préjudice de ce tiers. D'où l'adoption d'une formule très large. Dans le seul cas, si important pour les populations rurales, de la cession d'un bien sur laquelle se greffent des prestations au profit d'autrui, la loi donne une règle précise, et elle est fondée sur cette idée que, toute la garantie du tiers reposant sur le bien, son droit devait prendre corps au moment où en fait ce bien tombait entre les mains du promettant.

Les droits d'action du tiers et de celui qui stipula pour lui peuvent concourir. Le code allemand admet ce concours sans réserve (art. 335). Le code suisse des obligations (art. 112), par une attitude plus naturelle et plus prudente, affirme tout d'abord le droit d'action du stipulant ; et lorsque dans la décision des cas d'espèce, ce droit ne saurait satisfaire, apparaît l'éventualité d'un droit direct du tiers. Le point de vue de l'article 881 nouveau est très proche de celui-là ; il permet aussi aux parties de convenir que seul le tiers aurait la faculté de poursuivre le promettant.

Ce droit du tiers ne peut toutefois lui être imposé. En cas de refus de sa part, le droit est considéré comme *non acquis* (cf. art. 333 C.C. allemand), c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'une renonciation convenue entre le tiers et le promettant ; et aussi que ce refus du tiers fait disparaître entre le stipulant et le promettant la cause même de leurs rapports contractuels, qui était l'acquisition d'un droit par ce tiers. Les effets du refus sur ce rapport dépendent des circonstances de chaque cas particulier : tantôt le stipulant pourra exiger la prestation pour son propre bénéfice, tantôt il pourra agir contre le promettant pour cause d'enrichissement, tantôt encore aucune action ne sera possible.

La disposition finale de l'article 882 reproduit l'article 334 du code allemand. Il n'y est question que des moyens de défense tirés du contrat. Les exceptions purement personnelles, et notamment la compensation avec une créance du promettant contre le stipulant, sont exclues, suivant une solution unanimement reconnue.

— De la forme des contrats.

Le principe fondamental de la liberté dans la forme des contrats est maintenu (art. 883), bien que la législation nouvelle ait tendance à exiger des formes solennelles pour certains contrats d'une gravité particulière (art. 1278 sur l'achat d'une succession ; art. 1346 sur le cautionnement).

Art. 884. — Si les parties ont prévu pour un contrat l'emploi d'une forme déterminée, on présumera qu'elles n'entendent pas être liées avant que l'on ait fait emploi de cette forme. (Nov. III, art. 92).

Art. 885. — S'il n'a pas encore été dressé d'acte formel, mais s'il a été rédigé et signé par les parties un mémoire des principaux points (*Punktation*), ce mémoire fonde immédiatement les droits et les obligations qui y sont exprimés. (Nov. III, art. 93).

Art. 886. — Un contrat pour lequel la loi ou la volonté des parties exige l'écriture, prend naissance par la signature des parties, ou si elles ne savent pas écrire ou en sont empêchées par des infirmités, par l'apposition de leur marque d'identité manuscrite légalisée en justice ou devant notaire, ou par l'apposition de leur marque manuscrite en présence de deux témoins, dont l'un apposera au bas de l'acte le nom de la partie. La conclusion par écrit du contrat peut être remplacée par une constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée. Une reproduction de la signature originale par un moyen mécanique n'est

suffisante que là où elle est d'un usage courant dans les rapports d'affaires. (Nov. III, art. 94).

Art. 887. — Abrogé par nov. III, art. 95 (6).

L'article 884 élargit le texte ancien, qui ne visait pas « toute forme déterminée », mais seulement la forme écrite. Si l'accord verbal qui intervient toujours avant la rédaction est déjà obligatoire et si l'écrit n'est donc qu'une confirmation et un moyen de preuve, ou bien si la rédaction de l'écrit est nécessaire à la perfection du contrat, est une question à laquelle l'interprétation de la volonté des parties peut seule répondre. Dans le doute, la présomption admise par l'article est en harmonie avec la jurisprudence récente.

Les articles 884 et 885 traitent des rapports de la forme et de la perfection du contrat. L'article 886 traite de la perfection de la forme elle-même.

L'usage de cachets reproduisant la signature originale méritait de retenir l'attention. Le code allemand (art. 126) n'admet cet usage qu'exceptionnellement, dans les cas prévus par la loi. Le code suisse des obligations (art. 14) l'admet au contraire partout où il est reconnu dans les rapports d'affaires. C'est aussi la solution de l'article 886. Cette règle d'ailleurs ne vise que la validité matérielle de l'écrit ; quant à sa force probante, elle reste soumise comme auparavant aux dispositions de l'article 294 du Code de procédure civile.

La constatation sous forme judiciaire ou notariée de la conclusion du contrat, est empruntée à l'alinéa 3 de l'article 126 du code allemand. Si l'on ne peut dire ici avec une entière précision que les parties ont « conclu le contrat par écrit », la constatation authentique de

(6) Art. 887. — Quand il a été dressé acte d'un contrat, on n'aura égard à aucune obligation relative à des conventions verbales qui auraient été faites simultanément et qui ne s'accorderaient pas avec cet acte ou qui contiendraient des additions.

leurs déclarations leur confère cependant le même degré de sécurité et de sérieux que pourrait le faire la rédaction d'un acte.

Quant à la légalisation de la marque d'identité manuscrite, elle n'est pas une condition préalable à la validité de cette marque, mais dispense de la preuve qu'elle fut bien apposée par le déclarant.

La suppression de l'article 887 est du plus grand intérêt. Elle est liée à la règle essentielle d'interprétation des contrats, posée par l'article 914, qui est la recherche de la volonté des parties. Il parut que refuser toute considération à la volonté que les parties ont exprimée en des conventions verbales antérieures ou simultanées au contrat et qui ne coïncident pas avec l'écrit dressé, était une atteinte insupportable à la probité exigée par les usages. C'était peut-être là un reproche immérité que l'on adressait à l'article 887, tel que l'avaient conçu ses auteurs : il n'était qu'un corollaire de l'article 884 et s'appliquait là où la volonté des parties ou la loi écartaient pour le contrat toute autre forme que l'écrite. Par ailleurs, il ne touchait pas à la question de la validité du contrat conclu par écrit, il se bornait à nier tout effet aux dispositions verbales ; il ne faisait nullement obstacle à une attaque dirigée contre le contrat sous sa forme écrite, soit qu'il ait contenu une erreur matérielle, ou qu'il ait été conclu par fraude ou par violence ; ni à la preuve que l'écrit ne devait pas contenir toutes les conventions antérieures ; ni à l'éclaircissement du sens douteux du document par l'interprétation de l'intention des parties.

La jurisprudence malheureusement s'y était souvent trompée, et usait de l'article 887 en des matières qui lui étaient étrangères : telles, par exemple, les promesses et déclarations faites par un agent et qui n'apparaissent pas dans l'écrit constatant le contrat (cette question est du domaine de la représentation). L'article 887 était devenu l'arme avec laquelle on détruisait les exceptions légitimes aux actions contractuelles, ou

qui en rendait plus difficile la reconnaissance.

Pour y mettre fin, cette disposition fut entièrement supprimée. L'exemple en avait déjà été donné par la loi du 27 avril 1896 sur les opérations par termes, qui écartaient l'application de l'article incriminé. Mais ce serait une erreur de croire qu'à la suite de cette disparition, on aura toujours égard aux conventions verbales accompagnant la conclusion d'un contrat. Ce sera le devoir du juge, dans chaque cas particulier, de déterminer si cette prise en considération répond à la volonté des parties.

— Des temps, lieu et mode d'exécution.

Art. 902. — *Un délai fixé par contrat ou par la loi se calcule, si un autre mode n'est pas réservé et s'il est fixé en jours, sans tenir compte du jour où se produit l'événement qui lui sert de point de départ.*

La fin d'un délai se calculant par semaines, mois ou années tombe le jour de la dernière semaine ou du dernier mois, qui correspond par sa désignation ou son chiffre au jour où s'est produit l'événement qui lui sert de point de départ. Si ce jour manque dans le dernier mois, la fin du délai tombera le dernier jour de ce mois.

Par un demi-mois, on entend quinze jours ; par le milieu du mois, le quinzième jour de ce mois. (Nov. III, art 98).

Art. 903. — *Un droit, dont l'acquisition est fixée à un certain jour, est acquis au commencement de ce jour. Les conséquences juridiques de l'inexécution d'une obligation ou de la négligence ne se produisent qu'à l'expiration du dernier jour du délai. Si le dernier jour où une déclaration ou une prestation doit être faites est un dimanche ou un jour de fête légale, on le remplacera par le premier jour ouvrable, sauf convention contraire.* (Nov. III, art. 99).

Art. 905. — *Quand le lieu où le contrat doit être*

exécuté ne peut être déterminé, ni d'après les conventions, ni d'après sa nature ou son but, *l'exécution doit se faire au lieu où le débiteur, lors de sa conclusion, avait son domicile, ou, si l'obligation est née à l'occasion de l'activité professionnelle ou commerciale du débiteur, au lieu où il a son établissement*. Ce qui concerne la mesure, le poids et les monnaies sera réglé d'après le lieu d'exécution.

Les paiements en argent, en cas de doute, doivent être faits par le débiteur à ses risque et frais au domicile (établissement) du créancier. Ce domicile a-t-il changé depuis la naissance de la dette, le créancier supportera l'augmentation de risque et de frais qui en peut résulter. (Nov. III, art. 100).

Les dispositions relatives au calcul des délais contrariaient les habitudes admises en affaires, où le calcul se fait d'après le calendrier. L'article 902 met le droit civil en harmonie avec l'usage et avec le droit commercial (art. 328 C. de Co.) ; sans d'ailleurs s'imposer aux parties. L'article 903, lui aussi, s'inspire du code de commerce (art. 329). Toutefois leur application aux délais légaux calculés en jours (art. 120, 138, 163) est à écarter.

Quant à la règle ancienne que le lieu d'exécution du contrat, dont l'objet est mobilier, est le lieu où la promesse a été faite, elle était tout à fait inapplicable aujourd'hui. L'article 905 nouveau adopte une double solution, plus moderne et conforme à celle de l'article 324 du code de commerce.

— De l'interprétation des contrats.

C'est à la force suggestive des principes contenus dans le code civil allemand que l'on doit la rédaction nouvelle de la règle d'interprétation posée par l'ancien article 914. Cet article renvoyait d'abord à l'article 6, qui a trait à l'interprétation des lois : « Il ne doit être

donné aux lois dans leur application d'autre sens que celui qui ressort clairement de la signification propre des mots pris dans leur ensemble ainsi que de l'intention manifeste du législateur. » Il se terminait par la phrase : « Un contrat douteux doit notamment être expliqué de manière à ce qu'il ne contienne pas de contradictions et qu'il puisse produire son effet. »

Si le code allemand n'avait insisté en divers endroits (art. 133, 157, 242) sur cet axiome que la loyauté, que la confiance réciproque, les usages admis en affaires, et non l'expression littérale, étaient à la base du rapport obligatoire, sans doute ne se serait-on pas avisé que l'absence d'un axiome semblable dans le code autrichien était une lacune. Car à bien lire les anciens articles 863, 914 et 915, l'on devait déjà aboutir à la conclusion que d'après eux les contrats s'interprètent non littéralement, mais selon « la claire intention des parties » « en corrélation avec toutes les circonstances ». L'on aurait donc pu s'en tenir là — bien que la rédaction de l'article 914 réservât quelques difficultés par sa contradiction apparente avec l'article 278 du code de commerce (« ...il ne faut pas s'attacher au sens littéral des mots ») et la possibilité, sous-entendue selon certains juristes dans la deuxième phrase, d'interpréter *au besoin* même à l'encontre de l'intention des contractants.

Une rédaction nouvelle de l'article parut opportune, non simplement pour y introduire une terminologie moderne, mais surtout pour écarter deux éventualités qui étaient à redouter :

En omettant de reviser l'article 914, en dépit de l'exemple du code allemand, on semblait inviter à conclure qu'il existe vraiment une opposition entre les solutions des codes civil et commercial — le premier s'attachant à l'interprétation littérale des mots, le second recherchant la volonté véritable des contractants; ou encore, et avec plus de raison peut-être, que le silence du code révisé sur ce point prouvait au con-

traire qu'il n'existait aucune opposition de ce genre et que le législateur s'était emparé de la leçon du code allemand avec toutes ses conséquences.

Aussi jugea-t-on à propos de reprendre les termes mêmes du code de commerce, mais aussi d'indiquer les limites qui s'imposent à une interprétation libre : la théorie de la confiance (Vertrauenstheorie) était celle du code, elle l'est restée. Ce n'est pas le sens des mots qui est déterminant, comme dans la théorie de la déclaration (Erklärungstheorie), ni surtout la volonté purement subjective des déclarants comme dans la rigoureuse théorie de la volonté (Willenstheorie). La déclaration lie dans le sens, et seulement dans le sens, auquel celui à qui elle est faite devait raisonnablement s'attacher, en prenant en considération toutes les circonstances, et qui traduisait manifestement l'intention des parties (cf. art. 6). Ceci vaut pour l'offre comme pour l'acceptation. *L'intention* n'est en fait que le but de l'opération, la cause du contrat, sur lesquels le consentement s'est exprimé, et non une quelconque intention purement subjective de la partie. C'est l'intention, telle que l'entend l'article 1156 du code civil français, lorsqu'il dit : « on doit rechercher la commune intention des parties ».

Art. 914. — *Pour l'interprétation des contrats, il ne faut pas s'attacher au sens littéral des mots, mais rechercher l'intention des parties, et le contrat doit se comprendre d'une manière qui réponde aux usages admis dans les rapports honnêtes.* (Nov. III, art. 102).

Art. 916. — *Une déclaration de volonté simulée, faite avec l'accord de la personne qui la reçoit, reste sans effet. Cette déclaration sert-elle à cacher une autre opération, celle-ci doit être traitée selon sa véritable nature.*

On ne peut opposer au tiers, qui aurait acquis des droits sur la foi de la déclaration, l'exception tirée de la simulation de l'opération. (Nov. III, art. 103).

Quelques observations sur le texte de l'article 914 :

1° On y parle de l'intention des parties et non de la volonté (cf. art. 278, C. de Co.), ou de la volonté réelle (art. 133 C.C. allemand), afin d'écartier toute apparence de rapprochement vers la théorie de la volonté (Willenstheorie).

2° Les usages admis en affaires (art. 157 et 242 C.C. allemand) entrent dans les « circonstances » qu'il convient de prendre en considération pour interpréter le contrat. Ceci aussi est conforme au code de commerce (art. 279).

3° L'article 278 du code de commerce disposait : « Le juge doit rechercher la volonté... ». Ce qui est théoriquement inexact. Car ce n'est pas le juge seul qui interprète le contrat, mais aussi le contractant, qui doit régler sa conduite d'après lui. Si le juge interprète de telle façon et non de telle autre, c'est que le contrat a dû être compris ainsi par les contractants eux-mêmes. La formule de l'article 278 pourrait mener à croire que le juge a la faculté de contrôler le contenu du contrat et par suite de le corriger. D'où l'expression de l'article 914 : « le contrat doit se comprendre... »

4° Le projet gouvernemental ajoutait ensuite les mots : « et être exécuté... » à l'imitation de l'article 242 du code allemand. Mais cette addition fut jugée superflue par la commission à cause de l'évidence d'une pareille prescription.

La modification apportée à l'article 916 date de la troisième nouvelle : la jurisprudence (s'opposant à la doctrine) soutenait la thèse que l'exception tirée de la simulation d'une opération ne pouvait être soulevée qu'entre parties ; un tiers ne pouvait s'en prévaloir. Cette thèse ne répondait nullement aux nécessités pratiques : lorsque deux personnes concluent un contrat simulé, elles ont presque toujours en vue de nuire à un tiers, à qui l'on ne devrait donc pas dénier la faculté de réclamer que le contrat simulé soit traité comme

tel. Le cas le plus fréquent est celui du débiteur menacé d'exécution, qui transfère fictivement ses biens à autrui. Le nouvel article 916, en déclarant nulle cette opération, met le tiers à l'abri de cette fraude. D'autre part, si le tiers peut se prévaloir de l'exception tirée du caractère simulé du contrat, on ne saurait sans injustice s'en prévaloir contre lui, s'il a acquis des droits sur la foi des déclarations faites.

C'est ici un exemple de plus de la protection assurée à la loyauté et à la confiance réciproque, idée féconde et toujours présente du code autrichien.

—Dispositions générales sur les contrats et les opérations à titre onéreux.

La règle, d'une extrême rigueur, que l'inexécution par l'une des parties ne donne pas le droit à l'autre de résilier le contrat, mais seulement d'en requérir l'exacte exécution, ainsi que des dommages-intérêts (ancien article 919) forçait la théorie et la pratique à de pénibles expédients pour éviter les conséquences intolérables de son application. La nécessité d'une réforme était reconnue par tous, et tous admettaient qu'elle devait se faire dans le sens de l'admission d'un droit de résiliation. Le droit romain le connaissait déjà (*lex commissoria*), mais dans le seul cas de la vente. Le droit français présuma l'existence de ce droit dans tous les contrats synallagmatiques « pour le cas où l'une des parties ne satisfera pas à son engagement » (art. 1184). Le code de commerce autrichien admit aussi le droit de résiliation (art. 354), mais dans la vente seulement et en l'entourant de limitations. Le code civil allemand enfin généralisa la solution du droit commercial autrichien, sans dépasser toutefois la reconnaissance du droit dans les deux cas de retard dans la prestation et d'impossibilité de la prestation par le fait du débiteur (art. 325).

La réglementation nouvelle n'a servilement copié ni la législation française, ni l'allemande. Elle est en

complète opposition avec les dispositions de 1811 : le refus du droit de résiliation est remplacé par son admission expresse ; au principe de l'exécution se substitue le principe de la résiliation.

Il fallait trouver place dans le code pour ces textes nouveaux. Ils avaient une portée générale et devaient se glisser naturellement là où s'énonçait déjà l'ancienne règle. L'article 917, sans valeur législative, disparut et fit place à l'ancien article 921. La première phrase de l'article 918 répétait ce que disaient déjà les articles 531 et 548 et mieux encore l'article 1448 ; la deuxième phrase devenait inutile en présence du texte révisé de l'article 862. Quant à l'article 920, la règle qu'il posait était de peu d'importance et correspondait mal à la réalité ordinaire des faits. De la sorte, les articles 918 et 921 offraient sans inconvénient la place nécessaire aux dispositions nouvelles.

Art. 917. — *Dans les contrats à titre onéreux, la compensation s'établit de choses à choses, d'actions (parmi lesquelles sont comprises les omissions) à actions, ou enfin de choses à actions ou d'actions à choses.* (Nov. III, art. 109).

C'est là l'ancien article 921.

Art. 918. — *Lorsqu'une des parties d'un contrat à titre onéreux ne l'exécute pas dans le temps et le lieu convenables, ou de la manière stipulée, l'autre partie peut soit demander l'exécution et des dommages-intérêts pour le retard, soit résilier le contrat, après avoir fixé un délai convenable pour réparer.*

Si l'exécution est divisible pour l'une et l'autre partie, la résiliation du contrat à raison du retard d'une prestation partielle, ne peut être déclarée que pour la ou les prestations partielles restantes. (Nov. III, art. 110).

Art. 919. — *Si l'on a stipulé l'exécution pour une époque ou dans un délai déterminé, sous réserve de résiliation, la partie qui est en droit de résilier le contrat, si elle veut s'en tenir à l'exécution, doit le faire*

savoir à l'autre sans retard, lorsque ce temps s'est écoulé ; si elle omet de le faire, elle ne pourra insister plus tard sur l'exécution. Il en est de même, lorsque la nature de l'opération ou le but de la prestation, connu du débiteur, permet de conclure que la prestation tardive ou, dans le cas de retard d'une prestation partielle, les prestations restantes sont sans intérêt pour elle. (Nov. III, art. 111).

Art. 920. — Si l'exécution est devenue impossible par la faute du débiteur ou par un accident dont il est responsable, en ce cas, l'autre partie peut soit exiger la réparation du dommage causé par l'inexécution, soit résilier le contrat. En cas d'inexécution partielle, la résiliation est possible si la nature de l'opération ou le but de la prestation, connu du débiteur, permettent de conclure qu'une exécution partielle est pour elle sans intérêt. (Nov. III, art. 112).

Art. 921. — La résiliation du contrat laisse entier le droit à indemnité pour le dommage souffert par l'inexécution coupable. Le prix déjà reçu doit être remboursé ou la valeur doit en être restituée de manière qu'une partie ne retire aucun profit du dommage de l'autre. (Nov. III, art. 113).

Deux cas sont examinés : 1° le retard apporté dans l'exécution, notamment dans l'hypothèse de prestations échelonnées et dans celle où le droit de résiliation est expressément ou tacitement prévu. 2° Impossibilité d'exécution survenue par le fait du débiteur.

L'examen de ces points justifie la division des articles 918, alinéa 1 et alinéa 2 ; 919 ; 920 ; enfin 921, qui s'applique à l'ensemble des cas.

L'article 918, alinéa 1 a trait aux suites du retard dans l'exécution, soit qu'elle n'ait pas eu lieu au moment ou à l'endroit prévus, soit qu'elle fût incomplète ou imparfaite, en supposant que la partie obligée est en mesure de réparer par un supplément de prestation ou une amélioration de celle qu'il a déjà faite. L'arti-

cle évite l'expression « en demeure » (im Verzuge), dont use le code allemand (art. 326), et s'en tient au mot plus descriptif de l'ancien article 919. Ces mots présentent l'avantage de couvrir l'hypothèse fort discutée en Allemagne de la « violation de fait du contrat » (7). Le code allemand, nous l'avons dit, ne prévoit que le cas où la prestation devient impossible par le fait du débiteur (art. 280, 325) et celui de la demeure (art. 286, 326); aucune disposition ne vise les cas très nombreux où le débiteur viole son obligation par une exécution défectueuse.

Pareille lacune n'existe assurément pas dans le code autrichien. Le seul article 1295 suffirait à la combler, qui dispose que tout dommage doit être réparé, qu'il provienne ou non de la violation d'un devoir fondé sur une convention. Par cet article déjà, tout acte contraire à un devoir contractuel d'omission, comme toute exécution imparfaite d'un contrat, entraîne la responsabilité. L'article 912 exprime la même idée : « ...une indemnité à raison du dommage souffert... par l'exécution imparfaite du contrat. » L'article 918 enfin statue pour tous les cas où la prestation n'est pas « telle qu'elle fut stipulée ». Dès que les violations positives et négatives d'un contrat ont des conséquences semblables, il n'y avait guère de difficultés à admettre qu'un acte, qui blessait un devoir continu d'omission, était une inexécution partielle, dont la sanction dans l'article 920 répond complètement aux nécessités pratiques.

Le droit du créancier, en cas de retard apporté dans l'exécution, était insuffisant, nous l'avons dit. A présent, une alternative lui est offerte : exécution et indemnité, ou résiliation du contrat. Une troisième possibilité que connaissent l'article 326 du code allemand et l'article 355 du code de commerce, l'indemnité en place de l'exécution, n'apparaît pas dans l'ar-

(7) Die positiven Vertragsverletzungen, par Dr. Staub.

ticle 918 ; nous la discuterons plus loin à l'occasion de l'article 921.

Dans le cas de prestations échelonnées, l'intérêt du créancier n'est pas de résilier seulement cette partie du contrat qui correspond à la prestation tardive, mais bien de pouvoir rompre tout rapport avec un débiteur auquel il ne saurait se fier. Mais il aurait été abusif de lui permettre de revenir sur les prestations accomplies ou de limiter sa résiliation à celle ou celles qui devaient suivre immédiatement.

Deux hypothèses sont examinées par l'article 919 : celle où le droit de résiliation a été expressément ou tacitement réservé ; celle où la prestation tardive ou restante a perdu tout intérêt pour le créancier. Elles se distinguent nettement : le droit de résiliation ne peut être réservé, tacitement ou non, que si d'après la situation au moment de la conclusion du contrat, telle était clairement l'intention des parties ; la perte pour le créancier de l'intérêt que présentait la prestation peut surgir de manière imprévue, à la suite de circonstances modifiées jusqu'au moment de la demeure du débiteur. Dans les deux hypothèses, à l'opposé de la règle de l'article 918, une déclaration du créancier est requise, s'il veut prétendre à l'exécution. Cette disposition est, elle aussi, à l'imitation du code de commerce (art. 357).

L'impossibilité d'exécution par le fait du débiteur est visée par l'article 920. Les impossibilités survenues pour d'autres causes sont soumises à l'article 1447. L'alternative que le texte nouveau impose au créancier est la même qu'en cas de retard ; réparation du dommage ou résiliation. Mais ici, réparation du dommage en place d'exécution (devenue impossible), et non : à côté de l'exécution, comme dans l'article 918. C'est la troisième possibilité, dont nous avons signalé l'existence dans l'article 326 du code allemand.

Pour compléter cette réglementation, l'article 921 introduit deux innovations dernières :

1° le droit, pour la partie qui a résilié, de réclamer la restitution du prix qu'elle a déjà payé. Règle semblable à celle de l'article 1447, mais plus générale puisqu'elle vise tous les cas, que le débiteur soit ou non en faute (l'article 919 n'implique pas nécessairement la faute du débiteur).

2° le droit, pour le créancier qui a résilié, d'être indemnisé pour le dommage que lui cause l'inexécution coupable. La possibilité de cumuler la résiliation et une indemnité pour le dommage a été fort discutée. Elle rencontrait deux objections : la première, d'allure théorique, prétend que « résilier » signifie « remettre toutes choses en état, comme si le contrat n'avait pas été conclu », et que pareille définition est incompatible avec une prétention née de l'intérêt du créancier à l'exécution. A quoi l'on répond d'abord que le législateur peut légiférer souverainement sans s'arrêter à des scrupules purement théoriques ; et l'objection par ailleurs est sans valeur, car la résiliation du contrat pour violation de ses clauses n'est pas l'invalidité du contrat ; le droit de résiliation est comme le droit à indemnité une conséquence de l'inexécution, et il est louable d'en autoriser le cumul, si la protection du créancier l'exige, à l'imitation du code français (art. 1184 : « demander la résolution avec dommages et intérêts ») et de l'article 932 du code autrichien lui-même.

La deuxième objection met en doute que le cumul soit pratiquement nécessaire et qu'il soit désirable que le créancier civil ait un droit mieux protégé que le créancier commercial. Mais on doit se rappeler que le code de commerce connaît la vente par exercice de la justice personnelle (*Selbsthilfeverkauf*), dont l'efficacité égale assurément celle du cumul.

Il faut se demander ensuite en quoi se résume l'alternative rigoureuse à laquelle on voudrait limiter le créancier : droit à la réparation du dommage en raison de l'inexécution ou droit de résiliation, « comme

si le contrat n'avait pas été conclu », alternative que proposent l'article 354 du code de commerce et l'article 325 du code civil allemand (8). Ceci nous conduit à la question, tant discutée en Allemagne : En quoi consiste cette réparation du dommage pour inexécution ? Est-ce ce qui est substitué pour le créancier à la prestation irréalisée, alors qu'il reste lui-même tenu à la sienne (c'est-à-dire « tout l'intérêt à l'exécution en échange de la contre-prestation ») ? Ou bien est-ce la libération du créancier et le paiement d'une indemnité, qui serait le résultat d'une soustraction : la valeur due par la partie défaillante pour la prestation irréalisée moins ce que le créancier a épargné lui-même en ne prestant pas (« prétention à la différence ») ? L'opinion générale en Allemagne penche pour la première interprétation, parce qu'elle s'oppose mieux au droit de résiliation et que tel paraît être le sens naturel de la loi. Elle est cependant critiquable : elle place le créancier devant la nécessité ou bien d'accomplir sa propre prestation à ses risques et périls pour s'assurer le droit de prétendre à une indemnité, ou bien de renoncer à ce droit s'il veut se libérer de sa propre obligation. Aussi, s'est-il trouvé des voix dans la doctrine et la jurisprudence pour soutenir la seconde interprétation, bien qu'avec elle l'on imagine difficilement un cas où un créancier raisonnable optât plutôt pour la deuxième branche de l'alternative, le droit de résiliation sans indemnité d'aucune sorte.

L'article 921 coupe court à cette controverse en acceptant la possibilité du cumul : si le créancier choisit de prétendre à l'indemnité à raison de l'inexécution, il reste tenu à sa propre obligation, et l'indemnité sera égale à la valeur de la prestation retardée ou

(8) Art. 325. — Si la prestation incombant à l'une des parties en vertu d'un contrat synallagmatique est devenue impossible par suite d'une circonstance dont elle ait à répondre, l'autre partie peut exiger réparation du dommage pour inexécution ou résilier le contrat.

devenue impossible. S'il choisit de résilier le contrat, il est délié de son obligation et le droit à la réparation du dommage, qu'il souffre de ce fait, est égal à la « différence » telle qu'elle est calculée plus haut. En d'autres mots, son choix se fera entre « tout l'intérêt à l'exécution, en échange de sa contre-prestation », et sa « prétention à la différence ».

— De la prestation de garantie.

Les modifications apportées en cette matière sont importantes, bien que l'on n'ait pas abandonné l'idée fondamentale de la réglementation antérieure. Son insertion dans la partie générale relative aux contrats est maintenue ; de même que le traitement commun des vices aux choses et aux droits ; et aussi le principe fondamental que la résolution ne peut avoir lieu que pour des défauts rédhibitoires qui ne peuvent être extirpés. Mais, dans le détail, des modifications sérieuses ont été faites qui, tantôt se rapportent au domaine particulier de l'obligation de garantie pour les vices des animaux domestiques, tantôt ont trait aux règles générales régissant la prestation de garantie.

Art. 924. — Abrogé (Nov. III, art. 117).

Art. 925. — *Il sera déterminé par une ordonnance dans quelle mesure existe la présomption qu'une bête était déjà malade avant sa livraison, lorsque des maladies ou des vices se révèlent dans les limites de délais déterminés.* (Nov. III, art. 118).

Art. 926. — Mais celui qui a reçu un animal ne peut user de la présomption légale, que le vice existait déjà avant la livraison de la bête, que s'il a immédiatement donné avis de la découverte du vice au cédant, ou, en son absence, au chef de la commune, ou bien s'il laisse examiner l'animal par un expert ou propose la réception de la preuve en justice pour s'assurer de celle-ci. (Nov. III, art. 119).

Art. 927. — Quand l'acquéreur néglige cette précaution, il est tenu de prouver que la bête était déjà viciée avant la livraison. Cependant, le cédant est toujours libre de prouver que le vice dénoncé n'est survenu qu'après la délivrance. (Nov. III, art. 120).

Art. 928. — Quand les vices d'une chose tombent sous les sens ou quand on peut s'assurer des charges qui pèsent sur la chose par l'inspection du livre foncier, il n'y a pas lieu à garantie, *sauf en cas de silence dolosif sur le vice ou* d'une déclaration expresse que la chose était exempte de tout vice et libre de toute charge (art. 443). On doit dans tous les cas la garantie pour les dettes et arrérages qui pèsent sur la chose. (Nov. III, art. 121).

Les articles 924 et 925 ne répondaient plus à l'état actuel de la science vétérinaire ; on préféra remettre à une ordonnance, forme plus souple, le soin de régler la matière (cf. art. 482 C.C. allemand ; art. 202 C. suisse des obligations).

La rédaction de l'article 925, telle qu'elle existait dans le projet de 1912, a été légèrement modifiée par la troisième nouvelle.

Le projet de 1912 suggérait deux innovations dans l'article 926 : 1° la fixation d'un délai de trois jours pour donner avis de la découverte du vice ; 2° la possibilité de faire cette déclaration, non plus au tribunal du lieu, mais au chef de la commune, ou de fournir la preuve du vice en justice.

La troisième nouvelle supprima le délai de trois jours, qui, suivant les circonstances, pouvait être trop bref ou trop long et qui risquait d'aggraver sans raison les difficultés de la preuve. Elle reprit donc le terme du code de 1811 : « immédiatement ». Elle maintint la possibilité de donner avis du vice au chef de la commune. Mais comme dans les communes en montagne il peut être difficile de le joindre à temps, la nouvelle rétablit la disposition de l'ancien article,

L'article 928 est complété pour donner à l'acheteur trompé une action fondée sur l'obligation de garantie, souvent plus efficace que celle fondée sur le dol. qui permettait aussi de faire la déclaration à un expert, ce qui facilitera plus tard la preuve si importante de l'identité de l'animal.

Art. 931. — Quand *celui qui a reçu la chose* veut invoquer la garantie en raison d'une prétention élevée contre elle par un tiers, il doit *avertir* son auteur de la *contestation*. S'il néglige de le faire, il ne perd pas à la vérité son droit au dédommagement, mais le vendeur peut lui opposer toutes les exceptions qui n'ont pas été opposées au tiers et se mettre à l'abri de toute indemnité dans la mesure où il serait reconnu que l'emploi de ces exceptions eut déterminé une décision différente à l'égard du tiers. (Nov. III, art. 122).

Art. 932. — Quand le vice qui donne lieu à l'action en garantie est d'une nature telle qu'il ne peut être extirpé et qu'il empêche l'usage habituel de la chose, *celui qui l'a reçue* peut demander la résolution complète du contrat ; quand au contraire, *le vice n'empêche pas l'usage habituel, ou quand il peut être extirpé, il peut demander soit une diminution proportionnelle du prix ou l'amélioration de la chose ou le supplément de ce qui manque*. Dans tous les cas *le cédant est responsable pour le dommage causé*.

On ne tient pas compte d'une diminution insignifiante de valeur. (Nov. III, art. 123).

Art. 932a. — Pendant le procès engagé sur la résolution du contrat pour cause de vice rédhibitoire, le tribunal, sur demande de l'une des parties, doit ordonner par mesure provisoire la vente judiciaire de l'animal, dès que l'examen n'en est plus nécessaire, et la consignation du produit de la vente. (Nov. III, art. 124).

Art. 933. — Celui qui veut demander la garantie doit, sous peine de perdre son droit, le faire valoir dans

le délai de trois ans, s'il s'agit de choses immobilières; dans le délai de six mois, s'il s'agit de choses mobilières; *dans le délai de six semaines, s'il s'agit d'un animal. Le délai commence à courir du jour de la livraison de la chose; il se compte, s'il existe relativement au vice de l'animal un délai de présomption, à partir du jour où ce délai a pris fin; en cas d'éviction, à partir seulement du jour où la prétention du tiers a été connue de l'acquéreur.*

La mise en œuvre du droit par voie d'exception est réservée à l'acquéreur, lorsqu'il a fait connaître le vice au vendeur dans le délai prescrit. (Nov. III, art. 125).

L'ancien article 931 disait : « ...réclamer la garantie conformément aux dispositions du code de procédure civile ». Le texte actuel est mis en harmonie avec l'article 31 de la loi d'introduction de ce code.

L'article 932 non plus ne connaît aucun changement fondamental : l'idée subsiste, contraire à celle reçue par la plupart des législations, que l'acheteur n'a pas un libre choix entre une demande en rédhhibition ou en diminution du prix ; la redhibition seule est possible, lorsqu'il s'agit d'un vice qui ne peut être extirpé et qui empêche l'usage habituel de la chose. Ceci met un frein à une spéculation possible de l'acheteur, et rend inutiles les nombreuses dispositions d'exception des articles 468 du code allemand et 205, alinéa 2 du code suisse des obligations.

Mais certaines obscurités de l'article 932 devaient être évitées : en dehors de l'hypothèse où la rédhhibition peut être demandée, l'obligation de garantie peut forcer à suppléer ce qui manque, notamment améliorer la chose ; à diminuer le prix ; à indemniser. L'ancien texte ne connaissait que le « supplément de ce qui manque ». Et l'on avait pu douter qu'une action en diminution du prix fût connue du droit autrichien. C'était pourtant le seul remède pour les cas où le vice

ne peut être extirpé, mais où il n'empêche pas l'usage habituel de la chose. Refuser ce remède eût été une prime, fournie par la loi, à l'exploitation d'acheteurs moins compétents ou moins habiles, dont la connaissance de la chose ou de l'animal est évidemment plus superficielle que celle du vendeur. Toutefois, pour écarter la chicane, la loi a cru devoir exprimer qu'une diminution insignifiante de valeur ne saurait être prise en considération.

Quant à la prétention à la réparation du dommage, faut-il y voir une troisième prétention, qui, dans le cas de dol par exemple, se place à côté de celles prévues déjà et par lesquelles se réalise la prestation de garantie ? Ou bien est-ce une demande qui, en dehors des hypothèses visées par l'obligation de garantie, se fonde sur la faute en vertu des règles générales sur la responsabilité (art. 1295, 1324) ? Le premier point de vue serait une aggravation injustifiée peut-être, de l'obligation de garantie, qui est indépendante de la faute. Aussi est-ce au second que les réformateurs se sont arrêtés.

Il est à remarquer enfin que, si le plaignant choisit d'agir en garantie, il perd toute faculté de se prévaloir des violations du contrat, sanctionnées par les articles 918 ou 920.

L'article 932a est une addition faite par la troisième nouvelle et qu'elle emprunta à l'article 489 du code allemand. Le but en est évidemment d'éviter des frais d'entretien élevés et des discussions probables sur les produits éventuels.

Les délais de l'article 933 sont des délais de forclusion (*Präklusivfristen*) qui, à la différence des délais de prescription (art. 1502), peuvent être prolongés par contrat (cf. art. 477 C.C. allemand). Mais on a écarté l'effet le plus rigoureux de ces délais, qui était d'éteindre l'exception en même temps que l'action.

La fixation d'un délai de six semaines pour l'exer-

cice de l'action fondée sur le vice d'un animal (cf. art. 490 C.C. allemand) est l'œuvre de la troisième novelle. Il était impossible pour le vendeur, après un délai de six mois, de réfuter les allégations de l'acheteur, et on pouvait redouter que les procès hasardeux n'en fussent multipliés. Ce délai s'applique aussi aux cas où des qualités spéciales ont été expressément attribuées et stipulées (art. 923).

La réduction du délai de six mois à six semaines a rencontré des critiques (9).

CHAPITRE XVIII. — *Des donations*

Une seule altération a été faite à ce chapitre. Elle avait pour but de mettre en harmonie l'article 951 avec les dispositions nouvelles des articles 784 et suivants.

— De la réserve.

Art. 951. — *Lorsque pour déterminer la réserve il a fallu réunir fictivement des donations à la masse des biens (art. 785) et que la quotité disponible est dépassée, l'héritier, dont la réserve est atteinte, peut réclamer des donataires la restitution des biens donnés, pour le couvrir de ce qui manque à sa part. Le donataire peut éviter cette restitution en versant une somme égale à la fraction manquant à cette part. Si le donataire a lui-même droit à une réserve, il ne doit en ce cas au co-réservataire que ce qu'il reçoit par la donation au delà de sa part, calculée après réunion fictive des donations à la masse.*

En cas de pluralité de donataires, le donataire antérieur n'est tenu que dans la mesure où le donataire

(9) Zum Begriff « Viehmängel » nach dem novellierten 933 A.B.G.B., par Dr A. Larcher, dans *Gerichtszeitung* 1919 n° 23 et 24.

postérieur n'est pas obligé ou n'est pas en mesure de restituer. Des donataires contemporains sont tenus proportionnellement. (Nov. III, art. 71).

Voir les observations sous les articles 784 et suivants.

La rédaction actuelle met en relief que la réserve doit être couverte en premier lieu par la succession ; que c'est aux héritiers testamentaires ou aux légataires que le réservataire doit réclamer le complément de sa part (art. 775 et 783). Ce n'est qu'en cas d'insuffisance qu'il peut se retourner contre les donataires, de même que dans l'article 923 du code français suivi par l'article 2329 du code allemand.

Il était douteux jusqu'ici,^o en raison de la terminologie employée, si l'action en réduction était visée par l'article 1487, qui limite à trois ans le délai de prescription pour toutes les actions successorales. La chose est certaine à présent, et l'article a d'ailleurs été retouché dans ce sens.

CHAPITRE XIX. — *Du contrat de dépôt*

— Du dépôt chez les hôteliers.

Le développement considérable de l'industrie hôtelière, parallèle à celui des moyens de transport, a rendu nécessaire une modernisation de l'ancien article 970, les voyageurs réclamant un renforcement de la responsabilité des hôteliers, ceux-ci demandant que des limites nettes fussent fixées à cette responsabilité renforcée. Les dispositions de l'article 970 ont perdu toute valeur pratique pour les mariniers et les voituriers, dont la responsabilité contractuelle est réglée par les articles 395 et suivants du code de commerce. Il en est autrement pour la responsabilité délictuelle, qui

reste soumise à l'article 1316 du code civil. Les textes révisés ne visent donc que les hôteliers. La tendance législative récente est d'ailleurs plutôt d'alléger la responsabilité des mariniers et des voituriers.

La plupart des législations ne connaissent, à l'exemple du « *receptum cauponum* » du droit romain, qu'une limitation à la responsabilité des hôteliers : la force majeure (art. 701 C.C. allemand; 487 code suisse des obligations). Le code autrichien, lui, tenait l'hôtelier responsable à l'égal d'un dépositaire : c'est-à-dire, nous apprend l'article 964, qu'il est responsable « du dommage causé par le manque de soins nécessaires, mais non des accidents, alors qu'il eût pu en sacrifiant sa propre chose sauver celle d'une valeur supérieure dont il avait le dépôt. » Mais la preuve de la non responsabilité est à la charge de l'hôtelier, conformément à la règle de l'article 1298 (10).

Une idée nouvelle est apparue, qui s'est exprimée dans les lois récentes telle la loi sur la responsabilité pour les accidents d'automobile (9 Août 1908) ; celui qui introduit dans l'organisme social une entreprise ou un engin dangereux est responsable des risques qu'il fait courir et qui sont propres à son activité ; il ne l'est pas des accidents qui n'en sont pas la conséquence. Le caractère spécifique du risque créé fournit donc la limite de la responsabilité. Une idée semblable apparaît dans la réglementation de la responsabilité aggravée des hôteliers.

La notion de force majeure est exclue comme jadis ; son apparence trompeuse de simplicité la fit écarter. On préféra décrire les circonstances dans lesquelles la responsabilité existe. On ne pouvait rendre l'hôtelier responsable en principe de tout accident. C'eût été le forcer à prendre une assurance contre tout

(10) Art. 1298. — Celui qui prétend que, sans qu'il y ait faute de sa part, il n'a pu accomplir une obligation résultant de la loi ou d'un contrat, doit en fournir la preuve.

dommage qui surviendrait au voyageur, charge supportable sans doute pour les grands hôtels modernes, mais injuste pour ceux de deuxième ou de troisième ordre. La loi ne pouvait faire cette distinction. Aussi est-ce dans le trait caractéristique de l'entreprise hôtelière, dans le libre accès de l'établissement, et les risques qui en résultent, que l'on chercha les limites de la responsabilité. Ce risque réside surtout dans la présence de personnes étrangères dans l'hôtel, visiteurs occasionnels ou même parfaits inconnus. Il était équitable que l'hôtelier réponde de dommages causés par les étrangers, comme de ceux commis par ses domestiques. Mais ce devait être là le point extrême de sa responsabilité.

Art. 970. — *Les hôteliers qui donnent logement à des étrangers sont responsables comme dépositaires des choses apportées par les voyageurs, pour autant qu'ils ne démontrent pas que le dommage n'a été causé ni par leurs domestiques, ni par les personnes étrangères allant et venant dans la maison. Si le voyageur, par sa faute, a concouru à provoquer le dommage, le juge devra décider d'après les circonstances si, et dans quelle mesure, une indemnité est due.*

Sont considérées comme *apportées*, les choses qui ont été remises à l'hôtelier ou un de ses domestiques, ou placées dans un endroit désigné ou destiné à cette fin. Les maîtres d'écurie et directeurs de garage sont également responsables pour les bêtes et les voitures qui leur sont confiées, ainsi que pour les accessoires.

On assimile à celle de l'hôtelier, la responsabilité du tenancier d'un établissement de bains, pour les choses habituellement apportées par les baigneurs. (Nov. III, art. 127).

Art. 970a. — *On ne peut écarter cette responsabilité par un simple avis, qui est sans effet juridique. Pour les objets précieux, l'argent et les titres, la responsabilité de l'hôtelier est limitée à mille couronnes,*

à moins qu'il n'ait assumé la garde de ces objets en connaissance de leur caractère, ou que le dommage ait été causé soit par sa faute, soit par celle de ses gens. (Nov. III, art. 128).

Art. 970b. — Le droit à indemnité d'une personne résidant à l'hôtel s'éteint si après s'être aperçue du dommage, elle n'en avertit pas immédiatement l'hôtelier. Ceci ne s'applique pas au cas où les choses sont en la garde de l'hôtelier. (Nov. III, art. 128).

Art. 970c. — Les personnes désignées dans l'article 970 ont le droit de retenir les choses apportées, comme garantie de leurs créances pour le logement et les soins donnés, ainsi que pour les frais qu'ils ont faits pour leurs hôtes. (Nov. III, art. 128).

Les termes de la première phrase de l'article 970 rappellent l'article 1953 du code français : « ...des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie ». L'expression est claire : l'hôtelier est tenu de répondre du dommage causé par d'autres voyageurs, ainsi que des vols sans effraction. Quant aux vols avec effraction, la responsabilité de l'hôtelier est dégagée, du moins s'il n'y a pas eu faute de sa part. Aucune responsabilité ne lui incombe, s'il prouve que le dommage provient de la nature des choses ou fut causé par le voyageur lui-même. Si le voyageur n'est que pour partie l'auteur du dommage, il appartient au juge de décider si une indemnité est due — hypothèse que le projet de 1912 avait négligée et que la troisième nouvelle voulut résoudre en se fondant sur le principe fondamental de l'article 1304 (11). La responsabilité de l'hôtelier, dans la mesure où elle est légale et non fondée sur un dol ou une négligence évidente, l'oblige à réparer à con-

(11) Art. 1304. — Lorsque dans le cas d'un dommage, il y a également faute de la part de la personne lésée, celle-ci doit supporter le dommage proportionnellement avec celui qui en est l'auteur principal, et par moitié lorsque la proportion ne peut pas être établie.

currence seulement de la valeur de la chose. Ceci résulte des termes de l'article 1324 : « Dans les autres cas, la partie lésée ne peut prétendre qu'au dédommagement simple. »

L'assimilation du maître d'écurie à l'hôtelier avait été jugée anachronique par le code allemand. Il en est autrement pour la Suisse (art. 490 C. des obligations) et pour l'Autriche, pays de montagnes où le voyage à cheval est fréquent. L'extension au directeur de garage et au tenancier d'établissement de bains des dispositions relatives à l'hôtelier est en harmonie avec les tendances récentes de la jurisprudence. Mais on jugea superflu de les étendre aussi aux entrepreneurs en charge des vestiaires dans les salles de spectacle.

La règle de l'article 970 n'étant pas d'ordre public, il est possible pour les intéressés de la rejeter par un accord. Théoriquement, on pourrait soutenir que la simple apposition d'un avis, qui repousserait la responsabilité de l'article 970, aurait vraiment pour effet de dégager l'hôtelier, si le voyageur après en avoir pris connaissance ne fait aucune observation. Mais trop de discussions sont possibles en cette matière, et les réformateurs crurent prudent de refuser tout effet à pareil avis (art. 970a).

La responsabilité de l'hôtelier pour les objets précieux, qui lui sont confiés n'est pas celle du simple dépositaire, mais bien celle plus étendue de l'article 970. Le chiffre de mille couronnes fut fixé par la troisième nouvelle. Le projet de 1912 parlait de 1200 couronnes, équivalant aux mille marks de l'article 702 C.C. allemand. Mais le Code autrichien écarte la disposition de cet article 702 qui impose à l'hôtelier une responsabilité entière pour les objets précieux, dont il a refusé la garde. Elle peut se justifier pour les hôteliers dont les établissements modernes et luxueux possèdent des coffres-forts capables de résister au feu et aux tentatives d'effraction. Mais les simples aubergistes des communes rurales ou montagnardes n'auraient d'autre moyen

d'échapper à cette responsabilité trop lourde qu'en refusant d'accueillir les voyageurs, s'il leur était possible toutefois de s'assurer par avance des valeurs qu'ils transportent.

S'appuyant sur l'exemple de la Suisse (art 487 C. des obligations), les hôteliers avaient exprimé le vœu que leur responsabilité fût limitée à un maximum invariable, par exemple de 1000 ou de 1200 couronnes ; cette somme suffit, disaient-ils, dans la moyenne des cas, à indemniser le voyageur de la perte de ses bagages ou du dommage qu'ils ont souffert ; il serait intolérable d'aggraver lourdement les charges des hôteliers par excès de considération pour les coûteuses fantaisies vestimentaires de certains voyageurs. La commission juridique repoussa ce vœu en faisant observer qu'il était facile aujourd'hui d'avoir pour plus de 1000 couronnes de bagages, sans pour cela s'être permis de « coûteuses fantaisies vestimentaires » ; que la Suisse, en raison de la vogue dont jouissent ses sites, pouvait sans doute se permettre de porter pareille atteinte aux droits des voyageurs ; que cette réforme était de caractère politique, et que d'ailleurs, la situation faite aux hôteliers en Autriche était plus favorable que celle que leur faisait l'autre voisin, l'Allemagne.

Le droit de rétention de l'hôtelier (art. 970c) est, comme sa responsabilité, une conséquence du caractère propre de l'entreprise hôtelière : de même que le voyageur doit se fier aveuglément aux personnes habitant ou circulant dans l'hôtel, de même l'hôtelier ignore tout des personnes qu'il accueille. Il avait droit à une garantie pour sa créance. Par hostilité à l'égard des droits de gage mobiliers, et aussi pour sa valeur pratique plus grande, le droit de rétention fut préféré au droit de gage qu'adopta l'article 703 du code allemand. Cette disposition est parallèle à celle de l'article 471 étudié plus haut, et contraire à celle de l'article 1440, qui refuse tout droit de rétention au dépositaire.

CHAPITRE XXII. — *Du mandat.*

Art. 1019. — Abrogé (Nov. III, art. 108).
Voir observations sous l'article 881.

CHAPITRE XXIII. — *Du contrat d'échange*

Des retouches devaient être faites dans ce chapitre pour le mettre en harmonie avec les règles nouvelles sur l'exécution des contrats, contenues dans les articles 917 et suivants.

— Des droits et devoirs des échangistes.

Art. 1047. — Les échangistes sont obligés par le contrat à délivrer et à recevoir les choses échangées, conformément aux stipulations convenues, avec leurs parties constitutives et tous leurs accessoires, à l'époque déterminée, dans le lieu convenable et dans l'état où elles se trouvaient lors de la conclusion du contrat. (Nov. III, art. 114).

L'ancien texte se terminait par cette phrase : « celui des deux qui néglige d'accomplir son obligation est responsable envers l'autre du dommage causé, ainsi que des profits dont il a été privé. » Il fallait que cette phrase disparût pour éviter tout malentendu. Cette suppression affecte aussi le contrat de vente pour lequel l'article 1061 renvoyait à l'article 1047 (12).

(12) Art. 1061. — Le vendeur est tenu de garder la chose vendue avec soin jusqu'au moment de la délivrance, et de la remettre à l'acheteur conformément aux dispositions établies ci-dessus pour l'échange. (Art. 1047).

Art. 1052. — Celui qui veut poursuivre la livraison doit avoir accompli son obligation ou être prêt à l'accomplir. *Celui qui est tenu d'exécuter sa prestation en premier lieu peut la retarder jusqu'à ce qu'il ait obtenu ou se soit fait garantir la contre-prestation, lorsque celle-ci est mise en danger par la situation critique du co-contractant, situation qui ne devait pas lui être connue à la conclusion du contrat.* (Nov. III, art. 115).

Voir les observations sous l'article 471.

En matière de contrats synallagmatiques, une exécution convenable est, sauf terme stipulé, une exécution trait pour trait. D'où l'existence d'un droit de rétention que la revision ne fait qu'étendre : l'état présent des rapports d'affaires exigeait que celui même à qui la loi ou le contrat impose d'exécuter sa prestation en premier lieu puisse se garantir contre l'insolvabilité imprévue et menaçante du co-contractant. Le point délicat était de savoir si la menace d'insolvabilité devait ne pas exister au moment du contrat, pour autoriser l'obligé à retenir sa prestation, ou bien au contraire si son existence à ce moment n'est pas décisive, à la condition qu'elle fut ignorée de l'obligé. Le projet gouvernemental adoptait le deuxième point de vue. La sous-commission penchait pour le premier, lorsqu'une décision de la Cour Suprême, toutes Chambres réunies, en date du 14 novembre 1911, se prononça dans le sens du projet gouvernemental, ce qui décida la sous-commission à se ranger à cet avis, pour éviter une contradiction entre la jurisprudence et le texte nouveau.

Il est reconnu depuis longtemps que la règle de l'article 1052 s'applique non seulement à l'échange, mais à tous les contrats synallagmatiques.

CHAPITRE XXIV. — *Du contrat de vente*

Dans ce chapitre, seules deux formes spéciales de la vente ont retenu l'attention des réformateurs : la vente avec réserve de réméré, pour répondre à quelques observations, qui furent faites lors de la discussion d'une institution nouvelle, le droit de construction (Baurecht), à laquelle il a été déjà fait allusion et qui est liée à la réforme du régime des habitations ; la vente à l'essai pour répondre à des vœux nombreux et faire disparaître d'injustifiables différences entre le droit civil et le droit commercial.

— De la vente avec réserve du réméré.

Art. 1070. — La réserve du réméré n'a lieu que pour les choses immobilières et ne peut être exercée par le vendeur que sa vie durant. Il ne peut transférer son droit ni à ses héritiers, ni à un tiers. Si le droit a été inscrit sur le livre foncier, *la chose peut être également réclamée à un tiers et celui-ci est traité suivant le caractère de bonne ou de mauvaise foi de sa possession.* (Nov. III, art. 130).

L'ancien texte disait : « ...et il ne peut l'exercer au préjudice d'un tiers que dans le cas où ce droit a été inscrit sur le livre foncier. » Ce texte apparemment clair devenait obscur, si on le confrontait avec le texte parallèle de l'article 1079 (13) relatif au droit de pré-

(13) Art. 1079. — Lorsque le possesseur n'a pas offert la préemption au vendeur, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter. S'il s'agit d'un droit de préemption réel, la chose aliénée peut être réclamée du tiers acquéreur, et celui-ci est traité suivant que sa possession est de bonne ou de mauvaise foi.

emption. Que voulait dire l'expression : exercer le droit au préjudice d'un tiers ? En adoptant, comme le fit la commission, la rédaction de l'article 1079, le sens devenait clair : le titulaire du droit n'a pas une simple prétention personnelle contre le premier acquéreur et ses ayant-cause à titre particulier. Mais il peut réclamer l'immeuble à tous possesseurs actuels, qui ont eu connaissance de la réserve du réméré.

— De la vente à l'essai.

Art. 1080. — *La vente à l'essai est conclue sous la condition — dépendant de l'acheteur — que la marchandise lui convienne. La condition, dans le doute, est suspensive ; l'acheteur n'est pas tenu par l'achat avant l'agrégation ; le vendeur cesse d'être tenu, lorsque l'acheteur n'a pas agréé la marchandise à la fin du temps d'essai.* (Nov. III, art. 132).

Art. 1081. — *Si la chose a déjà été livrée pour qu'elle soit examinée ou mise à l'essai, le silence de l'acheteur jusqu'à l'expiration du délai d'essai vaut acceptation.* (Nov. III, art. 133).

Ces dispositions reproduisent l'article 339 du code de commerce.

Il est à remarquer qu'après hésitations, on maintint les temps d'essai prévus par l'article 1082 (14), en l'absence de conventions.

CHAPITRE XXV. — *Des contrats de bail à loyer, de bail à ferme héréditaire et de bail à cens héréditaire (emphytéose)*

Déjà avant que ne fut connu le projet gouvernemental, l'insuffisance d'une série de dispositions du

(14) Art. 1082. — *Si le temps d'essai n'a pas été déterminé par convention, il sera de trois jours pour les choses mobilières et d'un an pour les choses immobilières.*

code relatives aux contrats de bail avait été signalée et l'on réclamait une « socialisation » du droit en cette matière. Le projet gouvernemental cependant avait ignoré la question. Une pétition eut pour effet de l'imposer à l'attention de la sous-commission, qui ajouta au projet gouvernemental un chapitre nouveau. Ce n'est pas une refonte complète de la matière, mais seulement la revision de textes déterminés d'une grande importance. Le bail à ferme resta en dehors des travaux ; il est intimement lié à la législation agricole ; les quelques modifications que l'on y relève sont purement formelles.

Les points sur lesquels se porte la réforme sont principalement : 1° La règle « vente passe louage ». 2° La prestation de garantie pour le bon état de la chose louée. 3° Le gage légal du bailleur. 4° la résolution du contrat par la mort du locataire.

Le code allemand avait déjà reconnu que l'acquéreur d'un fonds loué entrerait en place du bailleur dans le contrat (art. 571). Néanmoins, la commission, après examen de la question, résolut de maintenir la règle fondamentale de l'article 1120 : « Lorsque le propriétaire a aliéné la chose louée et l'a livrée à l'acquéreur, le preneur doit, si son droit n'a pas été inscrit sur le livre foncier (art. 1095), se retirer devant le nouveau possesseur après avoir reçu le congé exigé. Mais il est en droit de réclamer du bailleur une indemnité complète à raison du dommage qu'il a éprouvé, ainsi que des profits dont il a été privé. »

L'argument que la règle « vente passe louage » repose sur le peu de cas que faisait le droit romain du titre du locataire, et de la classe pauvre en général, n'aurait de valeur que si cette règle permettait à l'acquéreur d'expulser aussitôt le locataire. Mais l'article 1120 impose l'observation des délais de congé. Or il est un fait que la classe ouvrière, ainsi que la bourgeoisie moyenne, n'use pas du bail à long terme ; ils louent pour « un temps indéterminé » ; ce qui permet au bail-

leur de dénoncer le contrat, tout comme l'acquéreur, en observant les délais de l'article 1116. La règle « vente passe louage » n'a pour eux aucun intérêt ; et présenter sa suppression comme une réforme en faveur des éléments socialement faibles de la population est au moins une erreur. L'intérêt ne peut exister que pour ceux qui sont en situation de se lier par un bail prolongé, mais qui le sont aussi en ce cas de faire inscrire ce bail au livre foncier, ce qui les met à l'abri de toute surprise (art. 1095) (15).

L'intérêt existe aussi pour le locataire de locaux commerciaux. Ces locaux sont loués non seulement pour y vivre, mais encore pour y gagner sa vie. Les points de ressemblance avec le bail à ferme sont apparents. Dans un semblable bail, la jouissance des lieux suffit à justifier le loyer sans doute, mais la durée de cette jouissance intervient aussi dans la fixation de son montant. L'article 1120 ne tient pas compte de ce fait. Mais ici apparaît l'autre face de la question : comment protéger la bonne foi de l'acquéreur ? Il est certain qu'accorder à l'acquéreur un droit absolu de donner congé, s'il a ignoré les dispositions du contrat de bail sans qu'il y ait faute de sa part, est une protection qui pèse trop lourdement sur le locataire. Imposer à l'acquéreur l'acceptation des seuls baux écrits (ainsi que le suggérerait la pétition, dont il fut parlé) n'empêche pas la collusion entre locataire et bailleur qui antidateraient le contrat ; ce qui forcerait à recourir aux titres légalisés, surcroît de charge difficilement acceptable en affaires. De plus, cela même n'assurerait pas la connaissance du bail par l'acquéreur au moment de la vente. Et l'on en arriverait à déclarer sans validité le bail d'un fonds pour une certaine du-

(15) Art. 1095. — Lorsqu'un contrat de louage a été inscrit sur le livre foncier, le droit du preneur doit être considéré comme un droit réel que le possesseur subséquent est tenu de respecter pour tout le temps qui reste à courir.

rée (par exemple un an, tel l'article 566 C.C. allemand), s'il n'a pas revêtu la forme écrite — atteinte sérieuse au principe fondamental de la liberté de forme des contrats.

Une dernière observation : le problème se posait en Autriche tout autrement qu'en Allemagne ou en France. Dans ces pays l'expulsion du locataire par l'acquéreur fut ou bien totalement écartée ou admise seulement avec de sérieuses réserves ; de plus, la forme écrite du bail était la plus commune, ainsi qu'il ressort des dispositions de l'ancienne législation prussienne et du code français (art. 1715 et suivants). La tradition autrichienne allant en sens contraire, l'argument « social » manquant de force, la sous-commission résolut de laisser sans changement l'article 1120 et de s'en tenir à l'idée première que seule l'inscription au livre foncier peut donner au droit du locataire un caractère réel. Elle est en cela en harmonie avec la législation suisse. (art. 259-260 du Code des obligations).

Il y avait en outre une indiscutable lacune dans le code, dont le locataire avait à souffrir, en n'exprimant pas que la prestation de garantie s'imposait au bailleur. Aujourd'hui, après la revision des textes, il faut distinguer : a) l'obligation positive de délivrer et d'assurer une jouissance paisible, avec la sanction habituelle des dommages et intérêts (première phrase de l'article 1096 ; art. 1104) ; b) l'obligation de garantie, indépendante de la faute, pour les vices de la chose existant au moment de la livraison ou survenus à la suite de la jouissance (deuxième et troisième phrases de l'article 1096 ; art. 1097 ; art. 1117) ; c) l'obligation de supporter le risque d'accidents extraordinaires (art. 1104, 1105, 1107 et — partiellement — 1117).

Le droit de gage du bailleur est établi par l'article 1101.

L'effet de la mort du locataire sur le contrat de bail est déterminé par l'article 1116a.

— Des droits et devoirs réciproques des parties.

Art. 1096. — Les bailleurs à loyer ou à ferme sont tenus de livrer et de maintenir la chose à leurs frais en état de service, et de ne pas troubler les preneurs dans la jouissance ou l'usage stipulés. *Si le bien donné à bail est au moment de la livraison ou devient au cours du bail, sans la faute du locataire, défectueux au point qu'il ne peut plus servir à l'usage stipulé, le locataire est libéré du paiement du loyer pendant la durée et dans la mesure de la mise hors d'usage. On ne peut renoncer à l'avance à cette libération, dans le cas de louage d'un bien immobilier.*

Le fermier n'a à supporter les réparations ordinaires des bâtiments d'exploitation, qu'autant qu'elles peuvent être entreprises avec les matériaux du bien, et avec les services auxquels il est en droit de prétendre d'après la nature du bien. (Nov. III, art. 135).

Art. 1097. — *Si des réparations qui sont à la charge du bailleur deviennent nécessaires, le locataire est tenu d'en avertir sans délai le bailleur, sous peine de dommages et intérêts.* Le locataire est considéré comme un gérant sans mandat, lorsqu'il a fait sur le bien loué des frais qui sont à la charge du bailleur (art. 1036) ou des dépenses utiles (art. 1037) : mais il doit poursuivre en justice son indemnisation, au plus tard dans les six mois qui suivent la restitution du bien loué, sinon l'action est éteinte. (Nov. III, art. 136).

Art. 1098. — Les locataires et les fermiers sont autorisés soit à employer et à utiliser les choses louées ou affermées, conformément au contrat et pendant le temps déterminé, soit à les sous-louer, si cela peut avoir lieu sans préjudice pour le propriétaire, et si cette faculté n'a pas été expressément interdite dans le contrat. (Nov. III, art. 137).

Ancien texte : « ...pour le propriétaire ou si cette faculté... »

L'ancien article 1096 ne rendait le bailleur respon-

sable que si, par sa faute, le locataire était empêché de jouir de la chose. C'était insuffisant : le locataire d'une maison nouvellement bâtie, par exemple, ne pût faire valoir aucun droit contre le propriétaire, lorsqu'il fut délogé par l'autorité sous la menace de l'écroulement de l'immeuble.

Seule la vente connaissait expressément l'obligation de garantie pour vice de la chose indépendamment de toute faute. La disposition générale de l'article 922 (16) ne pouvait toujours suffire à protéger le locataire. La distinction faite par l'article 932 entre les vices qui peuvent ou ne peuvent pas être extirpés, les délais de l'article 933, enfin l'alternative entre la résiliation du contrat et l'amélioration de la chose convenaient malaisément au contrat de bail. C'est ce qui explique l'insertion de la deuxième phrase du nouvel article 1096.

La garantie a trait aux vices qui existaient au moment de la tradition ou qui se sont révélés dans le cours ordinaire des choses, sans qu'il y ait faute du locataire. Elle a trait aussi aux qualités expressément stipulées. Elle couvre encore certains risques qui ne sont pas à proprement parler des vices : les inconvénients du voisinage ou même les accidents provoqués par le vent, la pluie, la grêle, la poussière. Mais le locataire n'a aucune action contre le bailleur pour les améliorations de peu d'importance qu'il a faites à ses frais. Le code préféra éviter une disposition, qui rappellerait les articles 1754 du code français ou 263 du code suisse des obligations.

Le locataire sera libéré du paiement du loyer pour la période pendant laquelle la jouissance des lieux lui aura été impossible. Cette libération pourra n'être que

(16) Art. 922. — Quand une personne cède une chose à une autre à titre onéreux, elle doit garantir que la chose a les qualités expressément convenues ou qu'on a l'habitude de lui supposer et qu'elle peut être utilisée et employée conformément à la nature de la transaction ou aux stipulations convenues.

partielle, si seule une partie des lieux était inhabitable. C'est ce qu'exprime l'art. 1096 par les mots « pendant la durée et dans la mesure de la mise hors d'usage. »

Pour que l'obligation de garantie du bailleur ait une valeur pratique, elle devait avoir un caractère impératif. La commission avait d'abord interdit absolument la renonciation à ce droit ; après discussion, la prohibition fut limitée au louage d'un bien immobilier.

La première sanction de l'obligation de garantie est la libération partielle du paiement du loyer. Cette libération peut dépasser la remise de l'article 1105 ou la diminution de l'article 932 et se distingue de l'une et de l'autre. Les autres sanctions apparaissent dans les articles 1097 et 1117.

Le devoir d'avertir le bailleur (art. 1097), que des réparations sont nécessaires, n'existait auparavant que pour le fermier. Il est étendu avec raison au locataire. L'action du locataire pour se couvrir des frais qu'il a faits en exécutant des réparations qui incombaient au bailleur, mais que celui-ci négligeait de faire bien qu'il fût averti de leur urgence, apparaît comme une autre sanction de l'obligation qu'a le bailleur de garantir le bon état de service de la chose.

L'omission de la citation de l'article 1037 était sans aucun doute l'effet d'une distraction du législateur de 1811. Les articles 1036 et 1037 (17) se complè-

(17) Art. 1036. — Lorsqu'une personne, sans y être autorisée, a géré l'affaire d'autrui pour détourner un dommage imminent, celui dont elle a géré l'affaire est obligé de lui rembourser la dépense qui a été nécessaire et convenablement employée, alors même que les soins, sans la faute du gérant, sont demeurés infructueux.

Art. 1037. — Celui qui veut se charger des affaires d'une personne, uniquement dans l'intérêt de cette personne, doit chercher à obtenir son consentement. Si le gérant a négligé cette démarche, mais n'en a pas moins géré l'affaire à ses frais, au grand et évident avantage du tiers, ce dernier est tenu de lui rembourser les frais qu'il a faits en conséquence.

tent en effet, l'un visant l'intervention nécessaire aux risques du géré, l'autre l'intervention utile aux risques du gérant.

De même, l'emploi de « ou » au lieu de « et » dans l'article 1098 était visiblement une erreur.

— Du loyer.

Art. 1100. — Si la convention ou les usages locaux n'y contredisent pas, le loyer doit être acquitté par semestre, lorsque la chose a été donnée à bail pour une ou plusieurs années ; et lorsqu'elle a été louée pour une période plus courte, après l'expiration de ce délai. (Nov. III, art. 138).

Art. 1101. — Le bailleur d'un bien immobilier a, pour la garantie du prix du loyer ou du fermage, un droit de gage sur les objets mobiliers et effets introduits sur les lieux, appartenant au locataire ou aux membres de la famille vivant à son foyer, pour autant qu'ils ne sont pas insaisissables. Le droit de gage s'éteint lorsque les objets ont été éloignés du bien loué avant que l'inscription du gage ait été prise, à moins que ceci ne se soit produit à la suite d'une vente judiciaire et que le bailleur ait fait connaître son droit au Tribunal dans les trois jours de l'exécution.

Si le locataire déménage ou emporte des objets sans qu'il ait payé le loyer ou garanti son paiement, le bailleur peut retenir à ses risques les objets, mais il doit demander dans les trois jours l'inscription de son droit de gage, faute de quoi il lui faut rendre les objets.

Le bailleur à ferme d'un fonds de terre a un droit de gage de même portée et de même effet sur le bétail et les instruments d'exploitation qui se trouvent dans la ferme, ainsi que sur les fruits encore existants. (Nov. III, art. 139).

Art. 1102. — Le bailleur peut stipuler que le prix du loyer lui sera payé d'avance ; mais si le preneur a

payé plus d'un terme d'avance, il ne peut opposer cette anticipation aux créanciers inscrits postérieurement, *ou à un nouveau propriétaire*, qu'autant qu'elle est elle-même inscrite sur le livre foncier. (Nov. III, art. 140).

La prise en considération des usages locaux pour le paiement du loyer (art. 1100) avait été réclamée par les praticiens et peut avoir quelque importance en raison de la règle de l'article 1102.

La révision de l'article 1101 se fit selon des règles que la jurisprudence avait établies déjà et qu'elle chercha à développer. Elle satisfait aux intérêts en présence en écartant certaines rigueurs de l'ancienne législation à l'endroit du preneur, et en circonscrivant avec plus de précision le droit du bailleur, lui donnant par là même plus de force. Il ne pouvait être question comme le réclamait le parti socialiste, d'une suppression pure et simple du droit de gage du bailleur ; ce privilège est fondé en équité et contrebalance la nécessité où se trouve le bailleur (art. 1100) d'accorder du crédit pour le loyer. Sans ce contrepois, une clause stipulant le paiement anticipé du loyer deviendrait bien vite de style et la situation du locataire s'en trouverait indûment aggravée. D'autre part, on ne saurait nier qu'une réduction du droit de gage était à certains points de vue équitable. L'examen de la législation actuelle montrera dans quelle mesure on s'inspira de ces points de vue opposés (18).

1° — Sujet du droit de gage.

Le droit appartient à tout bailleur d'un « bien immobilier », non plus seulement d'une habitation, comme le disait l'ancien texte. Ce qui comprend : caves, étables, hangars, bâtiments industriels, maga-

(18) § 1101 A.B.G.B. in neuer Fassung, par Dr Weinmann, dans *Gerichtszeitung* 1917, N° 7.

sins, baraquements.

Selon l'opinion qui prévaut, le cessionnaire d'une créance de loyer n'acquiert pas le privilège de l'article 1101 ; il n'est l'accessoire de cette créance qu'au regard des personnes qui formèrent le rapport obligatoire ; le fondement social du privilège fait défaut ici.

2.^o — Objet du droit.

Le gage s'exerçait jadis sur tous les objets mobiliers et effets, qui au moment de l'instance se trouvaient sur les lieux, quel qu'en fût le propriétaire : locataire, sous-locataire ou tierce personne. Aujourd'hui il s'exerce sur les choses introduites sur les lieux, qu'elles appartiennent au locataire ou à des membres de sa famille qui vivent à son foyer.

Sans aller aussi loin que le code allemand qui ne cite que le seul locataire (art. 559), il convenait assurément de réduire le champ d'action du droit. Son extension aux objets appartenant au sous-locataire était particulièrement choquante, lorsque celui-ci avait déjà payé son loyer par anticipation, ou qu'en dépit de sa propre ponctualité, il était rendu responsable à l'égard du bailleur. Il est faux de dire que le bailleur ne donne ou ne donnera du crédit à son preneur que parce qu'il a en vue l'exercice éventuel de son droit contre le sous-locataire ; de même, que le gage du bailleur ne trouvera plus d'éléments sur lesquels s'exercer une fois que le preneur aura enlevé ses effets personnels pour faire place à ceux du sous-locataire.

On avait tenté de présenter la possibilité d'exercer le droit sur les choses confiées au locataire par des tiers, comme une application des articles 367 (19) et

(19) Art. 367. — L'action pétitoire n'est pas admise contre le possesseur de bonne foi d'une chose mobilière lorsqu'il peut prouver qu'il a acquis cette chose, soit aux enchères publiques, soit d'un marchand autorisé à en faire le commerce, ou qu'il en a payé la valeur à une personne à qui le demandeur lui-même

456 (20). Mais il faut reconnaître que bien qu'historiquement dérivé du gage tacite, le droit actuel est par sa nature bien plus proche d'un gage procédural que d'un gage conventionnel. Or la jurisprudence limite à ce dernier l'application de l'article 456.

La situation juridique, que crée la réglementation présente, est une heureuse simplification. Il est juste qu'elle supportent les suites de l'inexécution de sa prestation par le locataire tous ceux qui ont avec lui la jouissance de la maison, sans se limiter à ces personnes que la loi l'autorise à représenter. La jurisprudence avait reconnu jadis que pareille responsabilité pesait sur la femme mariée, en assimilant ses effets personnels à ceux confiés aux locataires par des tiers. Aujourd'hui, la question ne présente plus de difficulté.

Si le droit du bailleur a un champ d'action moins étendu, il se trouve en revanche fortifié, par ce qu'aucune distinction n'est faite entre les hypothèses où le bailleur sait que la propriété des objets n'est pas dans son locataire et celle où il l'ignore. Il suffit qu'ils appartiennent à l'une des personnes vivant dans la maison pour permettre l'exercice du gage. Il est exagéré de prétendre que leur locataire peut réduire le droit à néant en empruntant les objets qu'il introduit chez

l'avait confiée pour s'en servir, pour la garder ou pour tout autre motif. Dans ces divers cas, la propriété est acquise aux possesseurs de bonne foi, et le précédent propriétaire conserve seulement le droit de réclamer des dommages-intérêts contre ceux qui en étaient responsables envers lui.

(20) Art. 456. — Lorsque la chose mobilière d'autrui a été mise en gage sans le consentement du propriétaire, celui-ci a bien, en général, le droit de la réclamer ; mais dans le cas où il n'y a pas lieu à l'action pétitoire contre le possesseur de bonne foi (art. 367), il est tenu ou de dédommager celui qui de bonne foi est détenteur du gage, ou de renoncer à l'objet du gage et de se contenter du droit de réclamer des dommages-intérêts contre celui qui a constitué le gage.

lui ou en les achetant par terme (avec réserve de la propriété du vendeur), car ce ne pourrait être là qu'un cas exceptionnel ; et il resterait à démontrer que la confiance accordée par le bailleur doit être mieux protégée que celle accordée par le prêteur ou le vendeur. Les choses insaisissables échappent à l'action du bailleur, que cette action s'exerce par exécution ou par simple rétention ; la jurisprudence admettait déjà cette exception, en la restreignant aux seuls effets indispensables au locataire et à sa famille (art. 251 de la loi d'exécution).

Il parut exagéré de n'accorder le gage, comme le fait l'article 272 du code suisse des obligations, que sur les objets mobiliers nécessaires à la jouissance des lieux ; le droit de gage, si le locataire est de condition modeste, risquait fort de ne rencontrer aucun élément sur lequel s'exercer.

Le droit ne peut porter sur l'indemnité que paierait une compagnie d'assurances, si le mobilier était détruit par le feu. Par contre, dans le cas où une vente forcée a éloigné ce mobilier des lieux loués, le gage ne s'exerce sans doute plus sur lui, mais il se reporte sur le produit de la vente.

3° — La créance garantie.

La loi est nette : le prix du loyer ou du fermage — ce qui exclut toute prétention à indemnité, toute pénalité conventionnelle....., mais ce qui comprend les frais de la demande de paiement, de l'inscription du droit de gage. Le droit n'existe que pour les créances d'argent. Si le loyer se paie en fruits ou en services, le droit doit être refusé.

La jurisprudence dominante admet l'existence du droit pour garantir le loyer non encore échu, mais qui correspond à la période pendant laquelle le bail continuerait de courir s'il était dénoncé aussitôt.

4° — Naissance et extinction du droit.

Le droit prend naissance avec l'introduction sur

les lieux loués d'objets et d'effets mobiliers. Mais ce droit n'est que faible, parce qu'inopposable aux tiers, jusqu'au moment où son inscription au livre foncier vient en permettre l'exercice de fait sur ceux des objets qui y sont soumis. Le droit de gage sur les fruits ne prend naissance qu'au moment de la perception, où ils cessent d'être des biens immobiliers (art. 295) (21). Le moment décisif n'est donc plus celui de l'introduction de la demande, mais celui de l'inscription du droit. Tout ce qui avant cette inscription est sorti du fonds loué, avec ou sans l'approbation du bailleur, échappe à l'exercice du droit. L'article 1101 prévoit une exception dans le cas de vente judiciaire, que la jurisprudence avait déjà admise. Les objets mobiliers que le locataire apporte sur les lieux, après l'introduction de la plainte et l'inscription du droit, peuvent, sous réserve d'un droit de rétention éventuel du bailleur, être libérés par leur enlèvement du risque d'être soumis à l'exercice du gage, car une inscription supplémentaire est requise pour empêcher cet effet de leur enlèvement.

5° — Mise en œuvre du droit.

Deux conditions sont nécessaires : le maintien de l'objet, soumis au gage, dans les lieux loués ; l'affectement du droit par son inscription ou par sa jonction avec une procédure d'exécution commencée par un tiers. La revision n'a pas apporté ici de modifications essentielles.

L'inscription doit être prise en même temps qu'est introduite l'action, ou éventuellement au cours de l'instance (v. plus bas).

(21) Art. 295. — L'herbe, les arbres, les fruits et toutes les choses susceptibles d'usage que la terre produit à sa surface restent biens immobiliers, tant qu'ils n'ont pas été détachés du fonds ou du sol. De même, le poisson dans les étangs et le gibier dans les forêts ne deviennent biens mobiliers qu'après que les poissons ont été pêchés et le gibier pris ou tué dans les forêts.

Lorsqu'un autre créancier provoque l'exécution, par ce fait même, tous les droits de gage existants sur les choses mises aux enchères se trouvent réalisés, de sorte que l'introduction de la demande et l'inscription nécessaire à la conservation du droit deviennent inutiles. La loi d'exécution (art. 258) règle la part du bailleur dans le produit de la vente.

Quelques doutes surgissent sur la manière de s'assurer le gage sur des fruits non encore détachés. Stubenrauch, qui, dans son traité classique, admet avec la majorité des juristes, que le droit ne prend naissance qu'à la perception, soutient avec raison qu'une inscription du droit, prise alors que les fruits sont encore pendants, aurait pour effet de donner toute sa force au droit, dès qu'ils seraient détachés. Mais l'article 1101 ne permet pas d'exiger que le fermier ou le locataire perçoivent les fruits et les tiennent à la disposition du bailleur.

6° — Conflit avec d'autres droits de gage.

Un décret de 1837 déclara que le gage de l'article 1101 a plein effet depuis le moment de l'introduction dans l'habitation des choses sur lesquelles il porte, même contre tels créanciers du locataire qui auraient acquis sur ces mêmes choses un droit avant que le bailleur ait commencé son action ou requis l'inscription. La question est particulièrement délicate, lorsque les droits des créanciers sont nés avant l'introduction des choses et fondés sur l'article 451 (tradition par le débiteur de la chose gagée et sa remise au débiteur selon l'article 467 (22), avec réserve du droit de gage). Stubenrauch résout la question par analogie

(22) Article 467. — Lorsque la chose engagée vient à être détruite, ou lorsque le créancier renonce légalement au droit qu'il a sur elle ou lorsqu'il l'a restituée au débiteur sans aucune réserve, le droit de gage est éteint, mais la dette continue de subsister.

avec l'article 430 (23) en se fondant sur le principe « *prior tempore potior jure* ». La jurisprudence au contraire, si le bailleur est de bonne foi, donne à son gage légal la préférence sur les droits de gage nés avant **que les objets qui y sont soumis aient été introduits sur le fonds loué** ; elle s'appuyait pour soutenir cette opinion sur la citation de l'article 367 dans l'ancien article 1101 ; elle faisait remarquer que la remise au débiteur par le créancier de la chose gagée faisait qu'elle était « *confiée au locataire* » (ce que prévoyait expressément l'article 1101) ; elle invoquait aussi l'article 456. Ce raisonnement valait non seulement à l'égard d'un gage conventionnel antérieur, mais encore d'un autre gage légal. Il n'a plus apparence de soutien avec le texte actuel de l'article 1101, et de plus, comme nous l'avons dit, les articles 367 et 456 s'appliquent mal au gage légal du bailleur.

En l'absence dans le Code d'une disposition formelle, telle l'article 1208 C.C. allemand (24), il faut reconnaître qu'aucun fondement ne subsiste aujourd'hui sur lequel appuyer un droit de préférence du bailleur. Il est certain que son droit en perd de sa valeur. Mais la situation que s'étaient faite les créanciers antérieurs méritait aussi d'être prise en considération.

7° — Nature de l'inscription du gage.

La revision a laissé intacte l'idée fondamentale sur ce point, que l'on empruntait en partie à la jurisprudence de la Cour suprême. Le droit existe dès avant

(23) Art. 430. — Quand un propriétaire a aliéné la même chose à deux personnes différentes, à l'une sans tradition et à l'autre avec tradition, elle appartient à celle à qui la tradition en a été faite ; mais le propriétaire est responsable envers la partie lésée.

(24) Article 1208. — Si la chose est grevée du droit d'un tiers, le gage a priorité sur ce droit à moins que le créancier gagiste ne fût pas de bonne foi à cet égard, lors de la constitution du gage.

l'inscription. Celle-ci ne donne pas naissance (bien qu'il y ait quelque similitude) à un droit de gage exécutif. Son but est d'assurer au bailleur la preuve que les effets et objets mobiliers se trouvaient en fait dans la demeure à ce moment déterminé. Elle est un acte judiciaire permettant l'établissement de la preuve et dont les effets peuvent être utilisés par le bailleur pour satisfaire à sa demande.

8° — Le droit de rétention (Perklusionsrecht).

Le nouvel article 1101 reconnaît au bailleur la faculté, au cas où le preneur déménage ou fait disparaître des choses avant d'avoir payé le loyer ou garanti son paiement, d'exercer sur elles un droit de rétention, à ses risques et périls. Un délai de trois jours lui est imparti pour requérir l'inscription de son droit de gage ou pour restituer les choses. Le code allemand (article 561) dispose de même : « Le bailleur peut sans appeler en justice empêcher l'enlèvement des choses soumises à son droit, et si le locataire quitte les lieux, il peut prendre les choses en sa possession. »

La jurisprudence avait admis déjà ce droit de rétention qu'elle cessait de reconnaître si les objets laissés sur les lieux étaient suffisants pour couvrir le loyer. L'article actuel ne fait qu'introduire dans la loi des solutions récentes, sur lesquelles toutefois quelques doutes avaient subsisté.

L'idée que le paiement anticipé (art. 1102) n'avait d'effet à d'égard des créanciers que s'il était inscrit au livre foncier, pouvait être justement étendue au nouveau propriétaire. Ceci n'a d'ailleurs d'intérêt en législation autrichienne que dans le cas où la règle « vente passe louage » est écartée, c'est-à-dire lorsque le bail a été enregistré.

— Des cas où le preneur est libéré du paiement du loyer.

Art. 1104. — Lorsque une chose prise à louage ne

peut être employée ou utilisée par suite d'accident extraordinaire, tels que le feu, la guerre, une épidémie, une inondation ou des orages considérables, ou par suite d'un manque total de récolte, le bailleur *n'est pas tenu de réparer les dégâts, mais en revanche, il n'y a pas lieu non plus d'acquitter le prix du loyer ou du fermage.* (Nov. III, Art. 141).

Art. 1105. — *Si le preneur, malgré un semblable accident conserve un usage limité de la chose louée, il doit lui être fait une remise proportionnelle sur le prix du loyer. Lorsque par des accidents extraordinaires, les produits d'un bien affermé pour un an seulement sont tombés de plus de moitié du revenu ordinaire, le fermier a droit à une remise sur le prix de son fermage, et le bailleur est tenu de faire sur le prix une remise égale à la perte éprouvée sur le revenu.* (Nov. III, art. 142).

Art. 1107. — *Lorsque ce n'est point par la détérioration de la chose louée, ni par sa mise hors de service provenant de toute autre cause, que son usage ou sa jouissance a été rendue impossible, mais par un empêchement ou un accident survenu au preneur, ou lorsqu'au moment du dommage les fruits étaient déjà séparés du fonds, les conséquences de l'événement fâcheux demeurent uniquement à la charge du preneur. Il n'en doit pas moins payer le loyer. Le bailleur doit cependant lui tenir compte de la dépense épargnée et des profits qu'il retire d'une autre mise en valeur du fonds.* (Nov. III, art. 143).

La garantie due par le bailleur, nous l'avons vu, ne couvre que les accidents coutumiers. Au delà, c'est-à-dire dans le cas d'accidents extraordinaires, le risque pèse sans doute encore sur le bailleur, mais en ce sens seulement qu'il perd son droit au paiement du loyer ; il n'est pas tenu de réparer. Ceci résulte clairement de la rédaction actuelle de l'article 1104. Quant à l'article 1105, son texte même indique qu'il se rap-

porte à l'hypothèse de l'article 1104.

L'accident survenu à la personne du preneur est entièrement à sa charge (art. 1107). L'idée qui s'exprime dans la dernière phrase est familière à la législation récente ; c'est une des formes de réaction contre l'enrichissement sans cause (Cf. art. 552 C.C. allemand).

— De la restitution.

Art. 1109. — A l'expiration du contrat de louage, le preneur doit restituer la chose conformément à l'inventaire qui a pu être dressé ou du moins dans l'état dans lequel il l'a reçue ; les fonds de terre affermés doivent être rendus dans leur état de culture ordinaire, selon l'époque de l'année où le bail est expiré. *Ni un droit de rétention*, ni une exception de compensation, ni même un droit de propriété antérieur ne permettent au preneur de se soustraire à la restitution. (Nov. III, art. 144).

Une retouche légère au texte pour le mettre en harmonie avec la disposition de l'article 1440.

— De l'extinction du contrat de bail.

Art. 1116a. — *Le contrat de bail ne prend pas fin par la mort de l'une des parties contractantes. Cependant, s'il s'agit de la location d'une habitation, le contrat peut, à la mort du preneur, être résolu par ses héritiers ainsi que par le bailleur, sans avoir égard à la durée convenue, mais en observant les délais légaux de dénonciation.* (Nov. III, art. 145).

Il y avait dans le maintien du contrat de bail, après la mort du preneur, à la charge de ses héritiers, une rigueur que l'on s'expliquait mal. Le caractère personnel du contrat méritait d'être retenu, et la revision ne pouvait l'ignorer plus longtemps.

La faculté de mettre fin au rapport obligatoire dans le cas de la mort du preneur est reconnue aujourd'hui aux héritiers de celui-ci, comme au bailleur (cf. art. 270 et 297 du Code suisse des obligations, et art. 569 C.C. allemand). Mais il fallait reconnaître aussi que le contrat n'a pas toujours ce caractère personnel : il apparaît à peine dans le bail à ferme que les travaux de revision n'ont pas voulu modifier. Dans le cas où les locaux loués sont à usage commercial, il pouvait être dangereux de donner aux héritiers le droit de mettre fin au bail, car ce droit a pour corollaire un droit identique du bailleur, dont l'exercice pourrait parfois dépouiller les héritiers du preneur de leur seul moyen d'existence. Ces considérations firent que la commission limita l'existence du droit au seul cas de bail d'une maison d'habitation. Elle refusa aussi de suivre les codes allemand (art. 569) et suisse (art. 270) en fixant un délai pour son exercice. Elle adopte l'opinion que la mort du preneur transforme le contrat de bail fait pour une longue durée en un bail pour un temps indéterminé, dans le sens de l'article 1116 (25), et qui peut être dénoncé dans les délais légaux.

Art. 1117. — Le preneur a la faculté de se retirer du contrat, *sans dénonciation*, avant l'expiration du terme stipulé, lorsque la chose louée a été livrée ou est tombée sans sa faute dans un état qui la rend impropre à son usage prévu, ou lorsque par un cas fortuit, une partie notable de l'objet loué lui est retirée ou est mise hors d'usage pendant un temps prolongé. *Sur le fondement du danger que les lieux, loués pour y habiter,*

(25) Art. 1116. — Lorsque la durée du contrat de louage ne se trouve déterminée ni expressément, ni tacitement, ni par des dispositions spéciales, celui qui veut résoudre le contrat doit le dénoncer au bailleur, pour les fermages six mois, pour la location d'une chose immobilière quinze jours, et pour celle d'une chose mobilière vingt-quatre heures avant l'époque où la restitution doit avoir lieu.

présentent pour la santé, ce droit de résiliation appartient au preneur, alors même qu'il y a renoncé par contrat ou que l'état des lieux lui était connu lors de la conclusion du contrat. (Nov. III, art. 146).

Le droit du preneur de résilier prématurément le contrat (que le texte actuel distingue nettement de la dénonciation) sert un double but : il est une sanction à l'obligation de garantie du bailleur (art. 1096 et 1097) ; il fortifie la règle que le risque des accidents extraordinaires est à la charge du bailleur (art. 1104). Il est un droit d'exception, qui ne vaut que pour le contrat de bail et qui ne se confond pas avec le droit général de résiliation, que reconnaissent les articles 918 et suivants.

La disposition qui termine l'article 1117 est une innovation. Son caractère impératif s'explique par l'importance sociale du problème en jeu. Son efficacité ne sera peut-être pas considérable, mais ce n'est pas là une raison suffisante pour l'écarter, alors que d'autres législations ont déjà accueilli des dispositions semblables (cf. art. 544 C.C. allemand ; art. 254, al. 3 du Code suisse des obligations).

Article 1121. — *En cas de vente forcée par autorité de justice, le droit de bail doit être traité comme une servitude, lorsqu'il a été inscrit au livre foncier. Dans le cas où l'adjudicataire n'a pas à reconnaître le droit de bail, le preneur est obligé de se retirer devant lui, après la dénonciation d'usage.* (Nov. III, art. 147).

Jadis le preneur était obligé de se retirer devant le nouvel acquéreur, alors même que son droit était enregistré comme droit réel (art. 1095).

CHAPITRE XXVI. — *Des contrats de prestation
de services*

Le droit romain, qui pendant longtemps avait ignoré le contrat de louage de services, avait clairement influencé les réaacteurs lors de la codification de 1811. L'avant-projet ne contenait aucun chapitre sur ce contrat. Mais, dans le premier titre, relatif au droit des personnes, on trouvait des dispositions réglant les droits et les devoirs entre maîtres et serviteurs. Ces derniers étaient sans doute des hommes libres, mais le code ne jugeait pas superflu de rappeler que tout homme, par le seul fait de sa naissance, acquérait des droits, était une « personne » ; qu'il n'existait pas en Autriche d'esclavage, de droit de propriété sur l'être humain. Le serviteur était un membre, inférieur sans doute, de la famille. Et c'était dans le droit des personnes qu'il fallait étudier sa situation. Zeiller, le premier, s'éleva contre cette façon de voir : les rapports du serviteur avec le maître relèvent du droit contractuel, disait-il, et doivent être réglés par une loi spéciale : une réglementation générale, pour des rapports juridiques de cette nature, est à peine possible ; la marche lente de la justice ne convient pas davantage pour les litiges qu'ils font surgir. Après discussion, on modifia l'avant-projet et l'on inséra les dispositions relatives aux rapports de se services dans le chapitre VIII du troisième titre avec la mention de tête : Des prêts à intérêt et contrats de louage de services. Les motifs disaient : « De même que l'on obtient l'usage de la chose d'autrui ou l'utilisation de sommes d'argent contre le paiement d'un loyer, d'un intérêt ; de même l'on peut s'assurer les services, le produit du travail de quelqu'un moyennant un salaire en argent et former ainsi un contrat de louage de services. Si le salaire

n'est pas en argent, il se forme un contrat valable, mais innommé ». En parfaite harmonie avec l'esprit de l'époque, les rédacteurs de l'avant-projet assimilaient expressément aux serviteurs, les avocats, médecins, artistes, agents de diverses sortes. Une opposition s'étant manifestée, on modifia le texte en apparence, mais pour le rétablir dans un nouvel article (Art. 1163 ancien).

Il y avait dans cet avant-projet, un article qui fut l'article 1172 du Code de 1811 : « Les droits et les devoirs entre les maîtres et les serviteurs sont contenus dans les règlements qui y sont spécialement relatifs. » Ainsi, avant même l'entrée en vigueur du Code, l'on prévoyait déjà la réglementation de cette matière complexe par une législation spéciale. Et en effet, une ordonnance fut publiée à cette fin pour Vienne et ses environs, le premier mai 1810. L'apparition du Code n'empêcha pas la multiplication des règlements spéciaux à chaque profession, au cours du XIX^e siècle et au début du XX^e. Les dispositions même du Code de commerce de 1862 (Art. 57-65) vieillirent très vite ; l'idée de protection du travailleur, celle aussi que sa réalisation exigeait des prescriptions impératives, étaient restées étrangères à ce Code. Des travailleurs de classes plus élevées, toujours plus nombreux, cherchaient à se soustraire à l'application des règles du droit civil, manifestement insuffisantes, et à être assimilés aux employés de commerce, jouissant d'une protection particulière. Et en fait, le projet gouvernemental de 1907 prévoyait l'extension du statut des employés de commerce aux groupes professionnels similaires. C'était l'abandon du Code civil et du Code de Commerce par la majorité des travailleurs, et l'accueil, dans le domaine commercial, de personnes dont l'activité n'avait rien de commun avec le commerce : employés des établissements d'assistance et des caisses de secours, rédacteurs, clercs d'avoués et de notaires, etc. Le cadre trop étroit du contrat de services, tel que

l'avait conçu le Code de 1811, volait en éclats. Les juristes chargés de la revision devaient tenter d'en établir un autre. On ne pouvait laisser définitivement à des lois spéciales, disait-on, le soin de suivre l'évolution des idées en cette matière et d'assurer le progrès législatif, ne fut-ce que parce qu'il est assurément impossible d'élaborer autant de lois spéciales qu'il y a de types de contrats de travail. Des lois spéciales seront d'ailleurs toujours indispensables, non pas afin de se substituer entièrement à une réglementation d'ensemble du contrat par le Code civil, mais pour lui servir de couronnement nécessaire. Les rapports particuliers donnent naissance à des règles d'exception au droit commun et qui auront un caractère impératif pour remplir efficacement leur rôle de protection sociale. Mais ces règles d'exception ne s'appliquent jamais qu'à des rapports étroitement délimités, tandis que la règle généralisée fraie la voie à un développement naturel du droit. Le Code doit fournir le fondement systématique sur lequel se développera la réglementation sociale de tous les rapports de travail, droit commun subsidiaire applicable à tous les types de contrats.

Le projet gouvernemental, sous l'influence des nombreuses lois particulières, n'avait pas échappé aux méthodes d'une législation de circonstance. De tous les contrats de travail possibles, il avait choisi le contrat de services auquel il étendit les dispositions de l'ancien contrat de services de 1811, c'est-à-dire celui où le salaire était nécessairement payé en argent. Ceci laissait subsister beaucoup de doutes sur celles des dispositions anciennes qu'il convenait de retenir ou d'écarter. Il était flagrant que le projet, conçu de la sorte, manquait de clarté.

La seule méthode satisfaisante était donc une rédaction entièrement nouvelle du chapitre dans son ensemble. De plus, le contrat d'ouvrage devait être étudié dans ses rapports avec le contrat de services, car il n'y a pas entre eux de différence essentielle. Il fallait donc

que la sous-commission étudiât les textes suggérés par le projet gouvernemental; établit la liste des articles du chapitre xxvi qui, bien que se rapportant au contrat de services, ne se trouvaient pas encore remplacés; déterminât ceux qui n'avaient d'intérêt que pour le contrat d'ouvrage; enfin élaborât pour lui, s'il était nécessaire, quelques règles nouvelles. Le projet qui en résulta porte le titre : Des Contrats de prestation de services. Les premiers articles (art. 1151 et 1152) proposent les définitions des contrats de services et d'ouvrage. Puis le chapitre se subdivise en quatre parties : 1 — Contrat de services. 2 — Contrat d'ouvrage. 3 — Contrat d'édition. 4 — Prestations faites dans un but illicite.

Les articles 1151-1174 du Code sont abrogés et remplacés par l'article 150 de la troisième novelle.

Le droit que crée ce chapitre nouveau est essentiellement un droit de protection sociale. Les principales questions examinées sont : Les délais de congé; les droits du travailleur en cas de maladie; les précautions d'hygiène imposées pour sauvegarder sa santé; l'extinction du contrat; les prétentions à élever en cas de rupture injuste.

— Contrat de services et contrat d'ouvrage.

Alors que le Code de 1811 mêlait sous l'expression « Lohnvertrag » les dispositions relatives au contrat de louage de services (Dienstvertrag) et au contrat de louage d'ouvrage (Werkvertrag), la commission se demanda si les règles pour ces deux contrats devaient être, au point de vue de la forme, séparées dans la loi et comment cette opposition pouvait être définie par elle.

Pour justifier la séparation, que les textes actuels ont réalisée, on fit observer que chacun de ces contrats se caractérise nettement : le premier établit un rapport continu entre l'employé et l'employeur qui dirige le travail et fournit les instruments nécessaires; le travail doit être fait personnellement et sa conclusion heureuse ou malheureuse est au risque de l'employeur;

L'employé est entièrement subordonné à l'organisation de l'entreprise. Dans le deuxième au contraire, celui qui entreprend l'ouvrage est tenu de faire une prestation déterminée suivant ses plans personnels, par ses propres moyens ou par des aides dont il répond ; il doit aussi garantir l'ouvrage et assumer le risque de sa non-réussite ; il s'agit en fait d'un entrepreneur indépendant.

Il se présente évidemment, dans la vie économique, des cas nombreux où ces caractéristiques se mêlent. Mais la loi ne saurait prévoir toutes les combinaisons possibles et doit se borner aux contrats types. A la différence toutefois du Code allemand (art. 611 et suivants, art. 631 et suivants), la séparation à établir entre ces deux contrats ne doit pas aller jusqu'à les traiter en des chapitres distincts. Et l'on crut même utile de juxtaposer dans un article unique leurs définitions, non pas afin de respecter une tradition, mais pour affirmer l'unité de cette double forme d'un même contrat, le contrat de travail.

Art. 1151. — Lorsqu'une personne s'oblige à l'égard d'autrui à prêter ses services pour un certain temps, il se forme un contrat de services ; lorsqu'une personne entreprend la confection d'un ouvrage, moyennant un salaire, il se forme un contrat d'ouvrage. (Ancien art. 1151).

Si à ce contrat s'ajoute un mandat d'affaires (art. 1002), il y aura lieu d'observer les dispositions du contrat de mandat. (Ancien art. 1154).

Art. 1152. — Si aucun salaire n'est fixé dans le contrat et si l'on n'a pas convenu de la gratuité, on admet qu'il a été stipulé un salaire convenable. (Ancien art. 1152)

La définition du contrat de services est établie sur une description de la situation de fait : « Lorsque quelqu'un s'oblige à l'égard d'autrui à prêter ses servi-

ces » rappelle le « s'engager au service de quelqu'un » de l'article 1779 du code français. « Pour un certain temps » n'implique pas la nécessité d'un délai déterminé, mais souligne simplement l'existence plus ou moins prolongée du rapport obligatoire. On a écarté une autre condition que l'on avait suggérée : la conclusion du contrat par l'employeur liée à l'exploitation de son entreprise. C'eût été refuser l'accès de ce contrat aux personnes, qui n'ont rien de commun avec les entreprises ou les affaires.

Le contrat d'ouvrage se caractérise, lui, par la confection d'un ouvrage. Ce n'est pas la durée des services qui importe ; mais seule la réussite, l'achèvement du travail sont l'objet de la prestation. L'obligé est un « entrepreneur d'ouvrage », comme le dit l'article 1779 du code français ; mais le texte légal évite ce terme, car il désigne d'ordinaire, en économie politique, précisément les personnes qui forment avec leurs employés des contrats de services.

Que le caractère onéreux du contrat de services soit à présumer résulte de l'article 1152. Mais l'article 1151 n'en fait pas une condition essentielle ; ce qui permet de soumettre aux dispositions du code les contrats, qui lient les « volontaires » et les apprentis : ils se sont en effet « obligés à prêter leurs services pour un certain temps. » Au contraire la gratuité du contrat d'ouvrage, qui entraîne l'obligation de garantie, irait à l'encontre des principes fondamentaux du droit civil ; la définition légale contient expressément les mots : moyennant salaire. Le salaire ne doit pas être nécessairement calculé en argent. L'ouvrage à accomplir peut être tout résultat à obtenir par le travail. Quant aux services à prêter, ils comprennent aussi les « *operae liberales* », les prestations d'une nature plus élevée. Ce qui permet d'omettre l'énumération de l'ancien article 1163, qui étendait aux médecins, avocats, etc. les règles qu'énonçait le chapitre.

Outre l'affirmation du caractère onéreux des con-

trats de services et d'ouvrage, l'article 1152 contient une indication pour le calcul du salaire s'il ne fut pas stipulé ; il doit être « convenable », étant donnés les usages admis dans les rapports honnêtes, et les circonstances qui accompagnent le contrat. Un renvoi aux habitudes locales parut peu désirable, en raison de la grande variété des rapports avec lesquels le droit civil doit compter.

I. *Le Contrat de services*

Art. 1153. — *Lorsque le contrat ou les circonstances n'en disposent pas autrement, celui qui a engagé ses services doit les prêter en personne ; de même la prétention aux services n'est pas cessible. Dans la mesure où la nature et l'étendue des services n'a pas fait l'objet d'une convention, les services à prêter doivent être proportionnés aux circonstances.* (Ancien art. 1161).

C'est la convention expresse ou tacite qui détermine la nature et l'étendue des prestations. A défaut de pareille convention, la loi devait tracer une directive : ce sont les circonstances qui déterminent quel est le devoir de l'obligé. Ces circonstances ne sont pas celles qui permettent de parler de convention tacite et qui accompagnent la conclusion du contrat, mais celles qui ont pu surgir par la suite au cours des prestations de services.

L'ancien article 1161 défendait à l'obligé de se substituer quelqu'un dans l'accomplissement des prestations ou l'exécution de l'ouvrage, à moins de circonstances urgentes. Cette règle trop étroite pour le contrat d'ouvrage était trop large pour le contrat de services, car le caractère personnel est de règle dans ce dernier ; de plus, cette faculté de substitution imposerait à l'obligé, en cas de nécessité, la charge de se faire remplacer, ce qui aggraverait sensiblement son obliga-

tion. Aussi la commission adopta-t-elle une solution semblable à celle de l'article 613 du code allemand et de l'article 327 du code suisse des obligations.

L'incessibilité de la prétention aux services ne peut être mise en doute en présence de la règle générale de l'article 1393 (26). Aussi la commission avait-elle jugé inutile de l'énoncer. Cependant, dans la crainte que des difficultés d'interprétation ne viennent à surgir, la troisième novelle préféra s'exprimer nettement sur ce point.

— De la prétention au salaire.

Sous cette rubrique le code traite d'abord de l'époque de paiement du salaire (art. 1154 et 1154a) ; ensuite de la prétention au salaire au cas où la prestation de services est empêchée par les circonstances (art. 1154b et 1155).

Art. 1154. — *Lorsqu'il n'en a pas été convenu autrement, ou s'il n'y a pas d'usage pour les services dont il s'agit, le salaire doit être payé après qu'ils ont été prestés.* (Ancien article 1156).

Dans le cas où le salaire se calcule par mois ou par des périodes plus courtes, il le sera à la fin de chacune de ces périodes. S'il se calcule par des périodes plus longues, il le sera à la fin de chaque mois. Un salaire qui se calcule par heure, par pièce ou par prestations séparées, doit être payé, pour les prestations déjà accomplies, à la fin de chaque semaine ; et lorsqu'il s'agit de prestations d'une nature plus élevée, à la fin de chaque mois.

(26) Article 1393. — Tout droit aliénable peut être l'objet d'une cession. Les droits qui sont inhérents à la personne et qui, par conséquent, s'éteignent avec elle ne peuvent être cédés. Les titres de créance, qui sont au porteur, se cèdent par la seule tradition et n'exigent aucune autre preuve de la cession que celle résultant de la possession.

Dans chacun de ces cas, le salaire déjà gagné est exigible à la fin du contrat de services.

Art. 1154a. — Celui qui est payé à la pièce ou par prestations séparées peut, avant la date d'exigibilité du salaire, réclamer une avance correspondant aux services prestés et aux dépenses faites. (Ancien art. 1156).

Art. 1154b. — Celui qui loue ses services conserve son droit au salaire, lorsqu'après avoir presté ses services pendant 14 jours au moins, il est empêché par maladie ou par accident pendant un temps relativement court, mais qui ne peut dépasser une semaine — si toutefois cet empêchement n'a pas été prémédité par lui ou causé par une négligence grossière. Il en est de même, lorsqu'il est empêché de prêter ses services, sans sa faute, pour des motifs graves touchant à sa personne.

Les sommes que toute personne qui engage ses services recevra pour la période d'empêchement, sur le fondement d'une assurance publique, peuvent être déduites par l'employeur pour la partie qui correspond à sa contribution effective dans le montant de l'assurance collective. (Ancien art. 1160).

Art. 1155. — Toute personne qui a engagé ses services a droit au salaire, même pour des services non accomplis, lorsqu'elle était prête à les fournir et en a été empêchée par des circonstances qui dépendent de celui à qui elle les devait ; on doit toutefois tenir compte de ce qu'elle a épargné en cessant ses prestations, gagné dans un autre emploi, ou intentionnellement négligé de gagner.

Si à la suite de circonstances semblables, elle a subi un dommage causé par la perte de temps, au cours des prestations, elle a droit à une réparation convenable. (Ancien art. 1155).

Le projet gouvernemental avait donné un caractère impératif au délai de paiement prévu par l'article

1154. Il n'admettait d'exception conventionnelle que pour les salaires annuels supérieurs à 3.000 couronnes, estimant qu'à partir de ce chiffre le risque de pression exercée sur le salarié est moins réel. Sans s'arrêter à l'arbitraire du chiffre, il faut remarquer que le recul du paiement peut être aussi gênant pour un employé d'un rang élevé, tenu à des frais de représentation, que pour le travailleur le plus humble. La sous-commission rejeta l'exception et délibéra sur l'opportunité d'une disposition impérative en cette matière. Après l'adoption successive de points de vue opposés, elle finit par reconnaître qu'une convention pouvait établir des délais de paiement différents de ceux prévus par l'art. 1154 ; cette liberté seule convient à la grande variété de rapports que visent les dispositions du code. Le caractère impératif ne se justifierait que dans une loi particulière s'appliquant à un type particulier de contrat. L'objection que la possibilité d'une convention relative à l'époque du paiement risque de peser lourdement sur celui qui engage ses services, perd de sa force en présence de la règle — impérative celle-ci — qu'à la fin du contrat le salaire gagné est immédiatement exigible.

L'article 1154 *a*, pour les mêmes raisons que l'article 1154, ne pouvait s'imposer aux parties.

Dans l'article 1154 *b*, le code abandonne l'ancien principe que chaque partie avait à supporter le risque des accidents qui survenaient de son côté. Il ne répondait plus aux idées modernes. La première phrase de l'article affirme la prétention au salaire, lorsque l'empêchement survenu est d'une durée relativement courte (avec indication d'un maximum) et que les services ont déjà été prestés pendant un certain temps. La prétention au salaire pour cette courte durée est **évidemment admise** alors même que l'empêchement s'est prolongé. Les causes d'empêchement peuvent être la maladie, un accident, ou tout autre motif grave touchant à la personne de l'obligé aux prestations.

La faute de l'obligé dans l'évènement devait être considérée : pour ce qui concerne la maladie et les accidents, la commission reconnut que la nature même de nombreux travaux engendre par l'habitude une certaine imprudence et fait accepter par le travailleur plus de risques qu'il n'est raisonnable ; d'où sa faute grossière peut être invoquée par l'employeur. Quant aux autres empêchements touchant à la personne de l'obligé, la même observation ne peut s'y appliquer et il suffit d'une faute quelconque pour que sa prétention soit écartée.

L'alinéa 2 de l'article 1154*b* examine la situation qui résulte de l'existence d'une assurance publique. Deux solutions étaient possibles : 1° — admettre le cumul du salaire et de l'indemnité. Le danger était, l'expérience l'a prouvé, que le travailleur cherchât à provoquer la maladie et interrompit son travail pour un accident sans gravité aucune ; 2° — rejeter la prétention au salaire, en arguant que là où il existe une assurance obligatoire, la question est par cela même soustraite au domaine du droit privé. La solution parut trop rigoureuse, car les fonds de l'assurance publique sont prélevés en grande partie sur les salaires et que d'autre part, pour les incapacités de travail prolongées, l'indemnité est souvent insuffisante. On préféra s'en tenir au compromis de l'article 1154*b*, al. 2.

Fallait-il faire de cet article une disposition d'ordre public ? Telle fut la question que la sous-commission et la commission débattirent tour à tour. Le Ministre Dr. Klein soutint que le caractère impératif était à la fois dans la logique de tout ce chapitre nouveau sur les rapports de services et dans celle de la législation sociale récente. Par ailleurs, l'importance exacte de la question dépendait beaucoup du rapport que l'on établirait entre le texte révisé et les lois particulières existant déjà en la matière. A défaut d'une admission complète du caractère d'ordre public de l'article, le Ministre la réclamait au moins pour certains contrats de

services, où l'égalité liberté de contracter des parties risque d'être particulièrement illusoire.

La majorité de la commission juridique cependant refusa de donner ce caractère à la disposition de l'article 1154 *b*. Ce qui détermina cette attitude fut le souci toujours apparent de laisser à la réglementation du Code une souplesse, qui lui permette de s'appliquer aux rapports de services les plus variés, de donner par elle une règle, mais sans qu'elle puisse, en s'imposant, contrarier le développement de certains types de contrats.

L'article 1154 *b* étudiait les effets de l'empêchement de prêter, survenu à l'obligé. L'article 1155, lui, examine les suites de l'empêchement, lorsqu'il survient du côté de l'employeur. La solution est celle de l'ancien article, mais en l'accusant. Toutes les circonstances contraires, dans la sphère de l'employeur, doivent être supportées par lui, en ce sens qu'elles ne le dispensent pas de payer le salaire. Ceci dépasse l'article 615 du Code allemand, qui ne prévoit cette obligation pour l'ayant droit aux services que s'il a été mis en demeure de les accepter. La prétention de l'obligé est fondée sur le contrat ; il ne s'agit pas d'une action en dommages-intérêts. Il y a donc ici une exception au principe de l'article 1447. Mais l'obligé doit être prêt lui-même à exécuter, et il doit (limitation équitable) se laisser compter ce qu'il a épargné ou gagné par une autre occupation ; ou aussi négligé de gagner, une « *exceptio doli* » que le Code allemand (art. 616) et le Code suisse des obligations (art. 332) reconnaissent l'un et l'autre. Le second alinéa suggère l'hypothèse où la prestation s'accomplissait, mais où le fait de l'employeur, entraîne une perte de temps pour celui qui preste. Une indemnité est dûe, qui se traduira par une augmentation de salaire.

Les dispositions de l'article 1155 ne sont pas d'ordre public. A cet article correspond pour le contrat d'ouvrage, l'article 1168.

— Des devoirs du maître en cas de maladie.

Article 1156. — *Lorsque dans un rapport de service qui réclame le principal de sa faculté de travail, la personne engagée a été accueillie au foyer de celui à qui elle doit ses prestations, ce dernier, en cas de maladie, qui n'a été ni préméditée ni causée par une grosse négligence, doit lui fournir, indépendamment du salaire, les soins requis, le traitement médical et les remèdes nécessaires pendant 14 jours, lorsque les services ont duré 14 jours déjà, et pendant 4 semaines, s'ils ont duré une demi-année.*

On peut satisfaire à ce devoir d'accorder soins et traitements par l'envoi dans un établissement médical ou, avec le consentement des malades, le placement chez des tiers. Dans la mesure où la nature de la maladie l'exige le malade peut prétendre à des soins dans un établissement médical.

Les obligations, qui pèsent sur le maître d'après ces dispositions, n'existent pas lorsque le contrat n'a été conclu que pour répondre à un besoin passager et n'a pas encore duré un mois.

Article 1156a. — *Les dépenses faites pour le traitement médical et la fourniture des remèdes nécessaires, ainsi que les frais d'entretien dans un établissement médical ou chez des tiers, peuvent être calculés sur le salaire dû pour la période de maladie. De ce salaire pourront être déduites les sommes que la personne engagée recevra pour la période de maladie sur le fondement d'une assurance publique, mais la déduction ne peut se faire que pour la partie qui correspond à la contribution effective du maître dans le montant de l'assurance collective. Les autres obligations du maître, contenues dans l'article 1156, tombent pour autant que des prestations équivalentes sont garanties à la personne engagée, sur le fondement d'une assurance.*

L'obligation de donner des soins, pendant un cer-

tain temps, aux personnes que les services rendus par elles mettent en contact personnel avec celui qui les emploie, a été reconnue depuis longtemps comme un devoir de justice et d'humanité. Les conditions pour que l'obligé aux prestations puisse prétendre aux soins sont : qu'il consacre au maître le principal de son activité ; qu'il ait été accueilli à son foyer ; que le rapport de services ait eu déjà une certaine durée ; qu'il n'ait pas été créé pour répondre à un besoin purement passager.

L'étendue du droit est clairement délimitée par le texte. Les soins donnés au foyer du maître sont à sa charge. Mais les frais de médecin et de traitement dans une clinique ou chez des tiers peuvent être déduits des sommes d'argent (et non d'autres prestations) dûes par le maître. Si ces frais les dépassent, l'excédent est à la charge du maître.

— De l'extinction des prétentions.

Article 1156b. — Les obligations imposées au maître par les articles 1154b et 1156 s'éteignent, lorsque les services ont pris fin à la suite de l'écoulement du temps pour lequel ils ont été loués ; à la suite d'une dénonciation ou d'un congé qui n'a pas été déterminé par la maladie ou tout autre motif grave touchant à la personne physique de celui qui a engagé ses services, dans le sens de l'article 1154b.

Si la personne engagée est congédiée à cause de l'empêchement où elle se trouve de prêter ses services, ou si on lui donne son congé pendant qu'existe cet empêchement, la fin du contrat, ainsi provoquée, est sans effet sur les droits énoncés plus haut.

En règle générale, les droits et devoirs nés du contrat de services disparaissent avec lui. Il eût été tentant pour le maître ou l'employeur de se soustraire aux obligations que lui imposent les articles 1154b et 1156 en

congédiant la personne engagée. Il faut aussi reconnaître que l'empêchement survenu (maladie, accident ou tout autre) peut fort bien avoir la gravité requise par l'article 1162 pour permettre une dissolution du contrat sans observer aucun délai de dénonciation. Pour ne pas rendre illusoirs les droits nés des deux articles, il parut nécessaire d'adopter la règle qui termine l'article 1156b.

— Du devoir de protection.

Article 1157. — *Celui qui loue les services d'autrui doit régler les prestations de telle manière, et pour ce qui concerne les locaux et les ustensiles prendre soin, que la vie et la santé de la personne engagée soient protégées, autant que le permet la nature de la prestation de services.*

Dans l'hypothèse où cette personne est accueillie au foyer du maître, celui-ci doit pour l'habitation, le coucher, l'entretien, ainsi que les heures de travail et de liberté, prendre les dispositions que requièrent la santé, la moralité et la religion de cette personne.

La réglementation détaillée des mesures à prendre n'appartient évidemment pas au Code civil. Elle appartient aux pouvoirs de police s'exerçant en matière de législation industrielle. Mais l'adoption d'une règle générale par le Code, sur ce point, permet à celui qui engage ses services d'exiger positivement des mesures de protection en se fondant sur le contrat, comme de réclamer des dommages-intérêts en se fondant sur la négligence (art. 1295) ; et puisqu'il s'agit d'un devoir contractuel, d'imposer la charge de la preuve à l'employeur (art. 1298) et encore de se retirer du contrat prématurément pour « cause grave ».

— De la fin du rapport de services.

L'absence de dispositions sur les délais de congé

dans le Code de 1811 était une de ses lacunes les plus graves. Le texte nouveau distingue nettement trois cas : la fin d'un rapport de services conclu pour un temps déterminé par l'écoulement de ce temps, par une simple déclaration ou par dénonciation (art. 1158) ; la dissolution d'un rapport de services conclu pour un temps indéterminé par dénonciation (art. 1159 et 1160) ; enfin sa dissolution prématurée (art. 1161 à 1162d).

Article 1158. — *Le contrat de services prend fin par l'écoulement du temps pour lequel il a été conclu.*

Un contrat conclu à l'essai ou seulement pour répondre à un besoin passager peut être à tout moment dissous par l'une ou l'autre partie pendant le premier mois.

Un contrat de services conclu pour la durée de la vie d'une personne ou pour plus de cinq années peut être dissous par cette personne après l'écoulement de cinq années, en observant un délai de dénonciation de six mois.

Si le contrat a été conclu ou continué sans détermination de durée, il peut être dissous par dénonciation d'après les dispositions suivantes.

La règle énoncée pour le contrat conclu à l'essai répond assurément à la volonté des parties. Mais il est à craindre, pour la personne engagée, que l'indication que le rapport est formé « à l'essai » n'ait d'autre but que de libérer l'employeur ou le maître des délais légaux de dénonciation.

Pour prévenir cet abus, il est reconnu que si l'essai se prolonge, les règles ordinaires relatives à la dénonciation entrent en application, alors même que les autres effets du contrat conclu à l'essai subsistent. La même observation s'applique au contrat conclu pour répondre à une nécessité temporaire.

Un contrat de services formé pour la durée de la vie de l'obligé aux prestations est regardé depuis long-

temps déjà comme une atteinte dangereuse à sa liberté. Il est rejeté par toutes les législations modernes (Art. 624 C.C. allemand ; art. 351 Code suisse des obligations). A ce contrat, le texte nouveau assimile celui qui a été conclu pour plus de cinq ans. L'un et l'autre peuvent être dénoncés en observant un délai spécial de six mois.

Art. 1159. — *La dénonciation est admissible : à tout moment, pour le lendemain, lorsque le contrat, n'ayant pas pour objet des services d'une nature élevée, le salaire est calculé par heure ou journée, par pièces ou prestations séparées ;*

au plus tard au premier jour ouvrable pour la fin de la même semaine, lorsque les services absorbent le principal de la faculté de travail de la partie engagée et que ses services ont déjà duré trois mois ; ou lorsque le salaire est calculé par semaine. La dénonciation, en cas de rémunération par pièce ou prestations séparées, n'aura d'effet qu'après l'achèvement des prestations en voie d'exécution au moment où elle est faite.

Art. 1159a. — *Lorsqu'un contrat, qui a pour objet des services d'une nature plus élevée, absorbe le principal de la faculté de travail de la partie obligée à les prêter, et qu'il a déjà duré trois mois ; il faut observer un délai de dénonciation d'au moins 4 semaines, sans tenir compte du mode de calcul du salaire.*

Il en est de même, en général, lorsque le salaire se calcule par année.

Art. 1159b. — *Dans tous les autres cas, le contrat peut être dissous en observant un délai de dénonciation de 14 jours au moins.*

Art. 1159c. — *Un délai de dénonciation doit toujours être égal pour les deux parties. Si l'on a stipulé des délais inégaux, le délai le plus long vaut pour les deux parties.*

Art. 1160. — *Si la personne qui engage ses services a été accueillie au foyer de celui à qui elle les doit,*

ou si elle est empêchée par son travail de chercher un autre emploi, il devra lui être accordé, après la dénonciation, sur sa demande et sans diminution de salaire, le temps libre nécessaire à cette recherche.

La longueur du délai de dénonciation dépend du mode de calcul du salaire ; de la durée du temps de service ; de la nature des services ; de la part qu'ils représentent dans la faculté de travail de l'obligé. Le délai d'une semaine pour les services « inférieurs » (art. 1159), de 4 semaines pour ceux d'une nature plus élevée (art. 1159a) ; pour tous les autres cas, un délai moyen de 14 jours est prévu (1159b).

L'article 1160 contient une disposition de protection similaire à celle de l'article 22 du Code de Commerce.

Art. 1161. — *La loi sur la faillite déterminera les effets que peut avoir sur le contrat de services la mise en faillite de celui qui loue les services d'autrui.*

Art. 1162. — *Le contrat de services peut être dissous par l'une et l'autre partie pour des motifs graves, avant l'expiration du temps lorsqu'il a été conclu pour un temps déterminé ; sans observer le délai de dénonciation, dans le cas contraire. (ancien art. 1160)*

Art. 1162a. — *Lorsque la personne obligée à prêter ses services se retire du contrat prématurément, sans motif grave, celle à qui elle les doit peut réclamer ou bien la continuation des prestations de services avec dommages-intérêts, ou bien des dommages-intérêts pour l'inexécution du contrat. Si cette personne a été congédiée prématurément et par sa faute, elle est tenue de payer des dommages-intérêts pour l'inexécution du contrat. Quant aux prestations déjà fournies et dont le salaire n'est pas encore exigible, elle n'aura d'action pour une part correspondante de ce salaire que dans la mesure où ces prestations n'ont pas perdu pour l'autre partie la totalité ou la majeure partie de*

leur valeur par suite de la dissolution prématurée du contrat.

Art. 1162b. — Lorsque celui qui a loué les services d'une personne, la congédie prématurément et sans motif grave, ou qu'il est responsable de son départ prématuré, cette personne, sans préjudice de dommages-intérêts plus étendus, peut prétendre à un salaire conforme au contrat pour une période égale à celle qui aurait dû s'écouler jusqu'à la fin des prestations prévues par le contrat, ou jusqu'à la fin du délai de dénonciation prévu par la loi — en tenant compte de ce qu'elle a épargné en cessant ses prestations de services, gagné dans un autre emploi ou intentionnellement négligé de gagner. Pour autant que la période mentionnée ci-dessus ne dépasse pas trois mois, la partie qui a engagé ses services peut aussitôt et sans déduction exiger le salaire dû pour cette période.

Art. 1162c. — La faute de la dissolution prématurée du contrat incombe-t-elle aux deux parties, le juge décidera librement s'il y a lieu à indemnité et dans quelle mesure.

Art. 1162d. — Les actions pour départ ou dissolution prématurés, dans le sens des articles 1162a et b, doivent à l'exclusion de toute autre être introduites en justice dans les 6 mois à compter du jour où elles sont nées.

Les effets de la mise en faillite sur le contrat de services avaient été omis par le Code civil et par la loi sur la faillite, dont l'article 23 s'applique exclusivement au contrat de bail. Le projet de 1912 réglait ces effets ; mais la troisième nouvelle se borna à un renvoi à la loi nouvelle sur la faillite, où la question était traitée.

Tout rapport de services, si l'on n'en veut faire une chaîne intolérable, doit pouvoir être dissous instantanément par l'une et l'autre partie, lorsque des motifs graves ont surgi. Le Code de 1811 exprimait dé-

jà cette idée (ancien art. 1160). Une énumération de ces motifs était impossible ; et une caractérisation générale aurait dû se borner à une invocation de la bonne foi (cf. art. 352, al. 2 code suisse des obligations).

On a beaucoup discuté l'absence de l'article 1162 dans l'énumération (art. 1164) des dispositions qu'on ne peut modifier par contrat. Il n'en faudrait pas conclure cependant à une entière liberté. Il convient de distinguer plusieurs hypothèses : 1 — une clause qui écarterait totalement l'article 1162, c'est-à-dire qui prohiberait de façon générale la dissolution prématurée du rapport alors que des « motifs graves » ont apparu, serait en contradiction avec l'esprit et la teneur de tout le chapitre ; 2 — un accord sur les motifs de dissolution pourrait être accepté comme une déclaration des parties sur ce qu'elles considèrent comme motif grave, et serait susceptible d'être contrôlé par le juge ; dans ce sens, et jusqu'à ce point, l'article 1162 a un caractère impératif. Mais on ne pourrait aller au delà. Il faut qu'il soit possible d'affirmer par contrat, d'après les circonstances, la gravité de certains motifs de dissolution qui en eux-mêmes sembleraient légers ; ou d'en exclure d'autres qui d'ordinaire seraient d'importance. Et cette possibilité doit exister à la fois pour celui qui preste les services comme pour celui qui les reçoit.

Comme sanction d'une dissolution prématurée, le projet gouvernemental de 1907 ne connaissait qu'une action en dommages-intérêts, dont la valeur se calculait d'après le salaire auquel l'obligé aux prestations aurait pu prétendre ; ce mode de calcul s'imposait aux deux parties. Ce point de vue se fondait sur l'idée que la dissolution prématurée ayant mis fin au contrat, il ne pouvait être question que de dommages-intérêts. Il y a là une confusion évidente entre la dissolution pour un motif que la loi reconnaît et celle qui nous occupe : la dissolution prématurée sans motif grave. La cessation des prestations en fait n'empêche pas le

contrat de continuer d'exister. Et dès lors, la première prétention pour l'une comme pour l'autre partie était celle à l'exécution de leurs prestations réciproques. C'est ce qui ressort du projet de 1912.

Les articles 1162*a* et *b* ont été retouchés par la troisième novelle, afin de rendre plus certaines les solutions de ce projet. Il est clair à présent que l'employeur, lorsque la partie engagée à prêter ses services se retire prématurément du contrat sans motif grave, peut prétendre non seulement à des dommages-intérêts, mais encore à la reprise des prestations interrompues (art. 1162*a*). Une indemnité fixe, calculée suivant le mode dont nous avons parlé, était trop arbitraire pour être admise et risquait d'être trop souvent une compensation inadéquate. Quant à la perte du salaire pour les prestations déjà fournies, mais devenues sans valeur par suite de la dissolution prématurée du contrat, c'est une application de l'idée contenue dans l'article 920.

Lorsque la dissolution est le fait de l'employeur (art. 1162*b*), n'accorder à la partie congédiée prématurément et sans motif grave qu'une indemnité fixe soulevait la même objection. En droit, le renvoi sans fondement laisse subsister le contrat ; s'il était conclu pour un temps déterminé, le salaire reste dû pour tout ce temps ; si au contraire la durée n'en était pas stipulée, on considérera le renvoi comme une dénonciation et la partie congédiée pourra prétendre à son salaire pendant une période égale au délai de dénonciation qu'impose la loi. Si par son renvoi, elle a subi un préjudice que son salaire contractuel ne suffit pas à couvrir, il lui est possible encore d'agir en réparation de ce dommage. Mais, situation parallèle à celle de l'article 1155, elle doit se laisser compter tout bénéfice qu'elle aurait éventuellement retiré de la dissolution du contrat.

A cette hypothèse, on peut opposer celle où l'employeur a donné à la partie qui preste ses services un

motif grave de se retirer d'elle-même du contrat (art. 1162) : le contrat ici disparaît et les sommes, que cette partie pourra recevoir comme compensation, le seront non seulement sur le fondement contractuel, mais purement à titre de réparation du dommage subi ; et l'indemnité sera suivant le cas inférieure, égale ou supérieure au montant du salaire qu'elle aurait dû toucher.

La dernière phrase de l'article 1162b a été ajoutée par la troisième novelle pour répondre à une suggestion de la Chambre des Avocats de la Basse-Autriche : on craignait que permettre à la partie congédiée de réclamer en une fois le salaire dû eût pu en certains cas constituer une charge fort lourde pour l'employeur ; le paiement immédiat et sans déduction de trois mois de salaire, cependant, était une juste compensation pour le renvoi, et devait donner à la partie congédiée le temps de trouver une nouvelle occupation ; mais au-delà, si une fraction du salaire était encore due, il parut équitable de s'en tenir à la date de paiement prévue par le contrat.

L'article 1162c applique l'idée exprimée dans l'article 1304.

Les délais établis par l'article 1162b sont des délais de forclusion semblables à ceux de l'article 933.

— Du certificat.

La reconnaissance du droit qu'a la personne engagée d'obtenir un certificat, qui lui permettra de former un nouveau rapport, était implicitement contenue dans l'article 1426. Mais sa reconnaissance expresse n'apparaissait que dans des lois particulières. Le code révisé devait sur ce point énoncer une règle généralement valable.

Art 1163. — *A l'expiration du contrat, il doit être délivré, à la demande de la personne qui a presté ses services, un certificat écrit constatant leur durée et leur nature. Si cette personne au cours du contrat ré-*

clame un certificat, il lui en sera délivré un à ses frais. Ne sont pas admises, les déclarations et observations du certificat, qui rendraient plus difficile pour celui qui le reçoit l'obtention d'un nouvel emploi.

Les certificats de la personne engagée, qu'elle a remis en dépôt à celui qui l'emploie, doivent lui être restitués à toute demande.

Le projet gouvernemental avait exclu de ce droit les personnes qui n'avaient été engagées que pour un service isolé ou pour répondre à une nécessité temporaire. Cette exclusion fut repoussée par la sous-commission, car précisément ce sont ces personnes, « l'armée de réserve des chômeurs », qui ont le plus grand besoin d'un certificat. La question délicate était celle du contenu du certificat : il faut au travailleur, à l'employé un certificat qui lui permette de trouver un nouvel emploi ; l'employeur, le maître, ne peut être tenu que de donner un certificat véridique. Le projet gouvernemental crut échapper à la difficulté en distinguant un certificat de services, mentionnant la nature et la durée des services, et un certificat de diligence, relatif aux prestations et à la conduite dans le service. Ce système valait mieux que celui du code allemand (art. 630) (27) et du code suisse des obligations (art. 342). Mais il n'était pas sans inconvénients : le droit à un certificat de diligence n'a de valeur que si l'employé peut exiger un jugement favorable (et véridique) sur ses services : mais l'expérience a révélé quelles difficultés rencontrait cette prétention dans la pratique. De plus, sachant que l'employeur aurait pu délivrer un certificat de diligence, le fait que le candidat à un emploi se présente avec un simple certificat de services ne peut manquer de faire fâcheuse impression. Et le

(27) Art. 630. — Lors de la cessation de tout rapport de services durable, l'obligé peut réclamer de l'autre partie un certificat écrit portant sur le rapport de services et sur sa durée. Le certificat doit, sur demande, faire mention également des prestations de services et de la conduite dans le service.

but de la loi, qui est d'aider ce candidat, est manqué. Dès lors il fallait se prononcer pour le moindre mal, qui est d'éliminer le certificat de diligence. Tout ce qui peut être fait par la loi, pour assister la personne qui cherche à placer ses services, est d'interdire qu'aucune mention défavorable apparaisse dans le certificat. C'est à cette façon de voir que se rangea la commission.

Il peut se présenter des circonstances où il est de l'intérêt de la personne employée, d'obtenir un certificat, avant que le rapport de services ait pris fin. La faculté de le réclamer lui est accordée. La même idée fait décider par la loi que des certificats anciens (originaux ou copies), déposés entre les mains de l'employeur actuel, doivent être restitués à toute demande. L'employeur dépositaire ne saurait prétendre à un droit de rétention (art. 1144o).

— Des dispositions impératives.

Art. 1164. — *Les droits de la personne qui a engagé ses services résultant des dispositions des articles 1154 al. 3, 1156 - 1159 b, 1160 et 1162 a - 1163, ne peuvent être enlevés ou restreints par contrat.*

La portée exacte de cet article n'apparaîtra que lorsque nous discuterons le rapport établi entre les nouveaux textes du code et les lois particulières.

II. — *Du contrat d'ouvrage*

Les observations en tête de ce chapitre font comprendre qu'à l'opposé des règles du contrat de services, aucune des dispositions suivantes n'est de caractère impératif.

En deux articles, la loi complète la définition du contrat d'ouvrage donnée par l'article 1151.

Art. 1165. — *L'entrepreneur est tenu d'exécuter l'ouvrage personnellement ou de le faire exécuter sous sa responsabilité personnelle.* (Ancien article 1161).

Art. 1166. — *Si celui qui a entrepris la confection d'une chose en a fourni la matière, le contrat, dans le doute, sera considéré comme contrat de vente ; il sera présumé contrat d'ouvrage, si la matière a été fournie par l'auteur de la commande.* (Ancien art. 1158).

L'exécution personnelle est normale, mais elle n'est pas essentielle (cf. art. 1153) ; et l'article 1165 ne propose pas une règle d'interprétation légale, mais une simple indication qui ne distingue pas entre l'entrepreneur qui exécute lui-même et celui qui fait exécuter. Il est libre d'organiser son travail à sa guise, mais à ses risques. Il peut s'adjoindre des aides ou même des sous-entrepreneurs, en toutes circonstances, non pas seulement dans les cas urgents, comme le voulait l'ancien article 1161. Il répond de leur travail comme du sien propre, sans que sa responsabilité toutefois soit engagée pour les accidents — contrairement au mandataire qui a confié l'affaire à un tiers sans nécessité (Art. 1010). Il ne peut se soustraire à cette responsabilité même lorsque, sous la pression des circonstances, il se substitue quelqu'un pour le tout.

L'article 1166 fournit une règle pour distinguer le contrat d'ouvrage du contrat de vente et de livraison. C'est celle de l'ancien article 1158. Le code révisé a préféré laisser à la doctrine et à la jurisprudence le soin d'étudier les multiples formes du contrat de vente et de livraison, dont une réglementation rigoureuse ne ferait que donner naissance à des difficultés (cf. art. 651 C.C. allemand.)

— De la garantie des vices.

Celui qui a engagé ses services doit exécuter son travail avec soin ; s'il ne le fait pas, il ne peut être

tenu d'exécuter à nouveau qu'au cours de l'accomplissement des prestations, si le rapport de services continue d'exister. Sinon, il n'est tenu qu'en vertu des principes généraux en matière de réparation du dommage.

L'entrepreneur, au contraire, livre son ouvrage comme le vendeur livre sa marchandise. Il est naturel dès lors que l'obligation de garantie s'impose à lui indépendamment de toute faute.

Art. 1167. — En cas de défauts essentiels qui rendent l'ouvrage impropre à son usage ou qui sont contraires à une condition expresse, l'auteur de la commande est en droit de se désister du contrat. S'il ne veut pas y renoncer, ou si les défauts ne sont ni essentiels, ni contraires à une condition expresse, il peut réclamer soit l'amélioration de l'ouvrage *si celle-ci n'entraîne pas une dépense exagérée ou une diminution proportionnelle du prix. Il doit donner un délai convenable à l'entrepreneur pour l'amélioration, en lui déclarant qu'après ce délai il refusera celle-ci. Pour le reste, il y a lieu d'appliquer les dispositions générales relatives à la prestation de garantie dans les contrats à titre onéreux.* (Ancien art. 1153)

Cet article prévoit au profit de l'auteur de la commande une quadruple sanction :

1° En cas de défaut essentiel ou contraire à une condition expressément stipulée, l'auteur de la commande peut se désister du contrat, ce qui met fin évidemment à tout droit de réclamer ultérieurement une amélioration de la chose.

2° S'il le préfère, ou si le défaut n'est pas essentiel, il peut prétendre à l'amélioration. A l'imitation de l'article 633, al. 2 du Code allemand, cette prétention est écartée, si elle entraîne pour l'entrepreneur une dépense exagérée. L'auteur de la commande devra aussi fixer un délai (dans l'art. 634 C.C. allemand

cette fixation est facultative), après lequel il lui sera loisible de ne plus accepter d'amélioration. Il est certain, d'autre part, qu'il pourrait corriger le défaut lui-même et se retourner contre l'entrepreneur pour les frais qu'il aura faits.

3° Il peut aussi prétendre à une diminution du prix. C'est le « dédommagement convenable » dont parlait l'ancien article 1153.

4° Pour le reste, c'est-à-dire sur tous les points que ne visent pas les dispositions précédentes, entrent en jeu les règles générales sur la prestation de garantie dans les contrats à titre onéreux (art. 922 et suivants). Notamment : l'article 928 en cas de défaut apparent ; l'article 931 sur la responsabilité en cas d'éviction ; l'article 932 sur l'obligation à des réparations plus étendues, s'il y a faute ; les articles 925-927 en matière de vices rédhibitoires ; enfin l'article 933 sur les délais de forclusion.

Si l'entrepreneur est en retard d'exécuter, on appliquera les articles 918 et 919.

— De l'inexécution.

Article 1168. — *Si l'exécution de l'ouvrage est arrêtée, le prix convenu est dû cependant à l'entrepreneur, s'il était prêt à exécuter et en a été empêché par suite de circonstances qui dépendent de l'auteur de la commande ; on doit toutefois tenir compte de ce qu'il a épargné par suite de la cessation du travail, de ce qu'il a gagné par une autre occupation ou bien intentionnellement négligé de gagner. Si à la suite de circonstances semblables, il a subi un dommage causé par la perte de temps au cours de l'exécution du travail, il lui est dû une réparation convenable.*

Dans le cas où cesse la coopération de l'auteur de la commande, nécessaire à l'exécution du travail, l'entrepreneur a le droit de lui fixer un délai convenable pour réparer la perte de temps, en déclarant qu'après

l'expiration sans résultat de ce délai le contrat serait considéré comme résolu. (Ancien article. 1155).

Article 1168a. — Lorsque par pur accident, l'ouvrage a péri avant sa réception, l'entrepreneur ne peut réclamer aucun salaire. La perte de la matière retombe sur la partie qui l'a fournie. Si l'ouvrage se trouve manqué par suite de l'impropriété de la matière fournie par l'auteur de la commande, ou de ses indications évidemment inexactes, l'entrepreneur est responsable du dommage, s'il ne l'a pas prévenu (Ancien art. 1157).

L'article 1168 traite du risque d'arrêt dans l'exécution et recherche sur qui la charge en devra peser. Il n'y a pas ici de différence fondamentale avec le contrat de services. La plus apparente (et elle aggrave la situation de l'entrepreneur), c'est qu'il répond de la réussite de son travail. L'article 1168 devait donc être parallèle à l'article 1155.

La « réparation convenable » de la perte de temps n'est possible que si cette perte a eu lieu au cours de l'exécution ; elle ne l'est pas, si elle résulte d'une interruption dans l'exécution. C'est-à-dire que l'entrepreneur ne pourrait cumuler les prétentions auxquelles lui donnent droit séparément les deux premières phrases de l'article.

L'alinéa 2 vise l'hypothèse qu'étudient avec plus de détail les articles 642 et 643 du code allemand.

L'article 649 du code allemand affirme le droit de l'auteur de la commande de dénoncer le contrat, jusqu'à l'achèvement de l'ouvrage sous condition de payer la rémunération convenue. Pareille disposition parut superflue à la sous-commission, car cette hypothèse rentre dans « les circonstances dépendant de l'auteur de la commande », qui ont empêché l'entrepreneur d'exécuter (Première phrase de l'art. 1168).

L'article 1168a traite du risque de la perte de l'ouvrage entièrement ou partiellement exécuté. Simple

application du principe, essentiel dans le code autrichien, que celui qui est tenu de livrer a les risques à sa charge jusqu'à la tradition. L'entrepreneur perd tout droit à son salaire, si l'ouvrage a péri. Mais en revanche, il ne doit pas remplacer la matière qui lui a été fournie (cf. art. 644 C.C. allemand ; art. 376 du code suisse des obligations), solution précise dont la rigueur est tempérée par la dernière phrase : l'entrepreneur ne supporte les risques nés de l'impropriété de la matière ou de l'inexactitude des indications données, que s'il a négligé d'en avertir l'auteur de la commande.

— Du devoir de protection.

Les droits spéciaux qui naissent des rapports de services, personnels et prolongés, dans les cas de maladie et d'accident (Art. 1154*b*, 1156, 1156*a*), sont évidemment étrangers au contrat d'ouvrage. Même les devoirs qu'impose au maître, à l'employeur, l'article 1157 ne sauraient trouver qu'une application partielle. C'est ce qu'exprime l'article 1169.

Article 1169. — *Les dispositions de l'article 1157 sont applicables au contrat d'ouvrage, à l'exception de la réglementation des prestations de services et des heures de travail et de loisirs.*

— Du paiement du salaire.

La règle de l'ancien article 1156 était pleinement satisfaisante, qu'il s'agisse du paiement du salaire ou des avances faites.

Un droit de gage semblable à celui de l'article 647 du code allemand (28) est ignoré du code autrichien. Il

(28) Article 647. — L'entrepreneur a pour ses créances, résultant du contrat, un droit de gage sur les choses mobilières de l'auteur de la commande par lui confectionnée ou remise en meilleur état, si, lors de la confection ou en vue de l'amélioration, elles ont été mises en sa possession.

parut que, sans qu'il fut nécessaire de créer un droit de gage nouveau, le droit de rétention tel qu'il résulte des nouveaux articles 471 et 1952 suffisait à garantir l'entrepreneur contre toute surprise. Quant à l'entrepreneur de constructions, il valait mieux laisser à une loi spéciale le soin de régler sa situation.

Article 1170. — *En général, le salaire n'est dû qu'après l'achèvement de l'ouvrage.* Mais si le travail est exécuté suivant certaines divisions, ou s'il exige des avances, dont celui qui a reçu la commande ne se soit pas chargé, ce dernier est en droit de demander une part correspondante du salaire et le remboursement des avances faites. (Ancien article 1156).

Article 1170a. — *Lorsqu'un devis est mis à la base du contrat avec garantie expresse de son exactitude, l'entrepreneur ne peut réclamer aucune augmentation du prix en raison de la grandeur ou du coût imprévu des travaux évalués.*

Si l'on a établi un devis sans garantie et qu'une augmentation considérable du prix apparaît inévitable, en ce cas l'auteur de la commande peut se retirer du contrat après avoir indemnisé convenablement l'entrepreneur pour l'ouvrage qu'il a exécuté. Dès qu'une pareille augmentation semble inévitable, l'entrepreneur doit en avvertir sans tarder l'auteur de la commande, faute de quoi il perdrait son action pour le travail qu'il a fait en surcroît.

Le code ne prévoyait nulle part l'éventualité si fréquente cependant où des travaux supplémentaires ou plus coûteux sont exécutés, qui entraînent une augmentation du prix.

La convention peut être convenue sur un prix d'ensemble sans spécification (cf. art. 373 du Code suisse des obligations) : il est clair en ce cas que c'est à l'entrepreneur à supporter tout le risque d'une augmentation de prix de même qu'il bénéficiera de toute

réduction. Il ne pourrait s'y soustraire que s'il lui était possible d'invoquer l'article 871.

Ou bien, il y a un devis, et deux cas sont possibles : a — le devis s'accompagne d'une garantie expresse de son exactitude. La solution sera la même que ci-dessus ; b — le devis est établi sans garantie et n'a qu'une valeur d'indication. L'auteur de la commande est tenu de payer les prix se rapportant aux divers articles du devis, même s'ils dépassent ceux prévus. L'erreur commise dans l'estimation par l'entrepreneur, à moins de fraude de sa part, est une erreur sur les motifs, qui n'annule pas le contrat (art. 870). Mais lorsque l'auteur de la commande s'est fié — et avec raison — aux déclarations de l'entrepreneur, à qui il reconnaît une compétence particulière, et qu'une erreur s'est produite dans l'estimation, il n'est que juste qu'un compromis soit accepté. Ce compromis est le droit pour l'auteur de la commande de se désister du contrat, après avoir indemnisé l'entrepreneur, lorsque l'augmentation de prix est considérable.

En cas de doute, on ne présume pas que le devis s'accompagne d'une garantie expresse de son exactitude.

— De l'extinction du contrat par la mort.

Art. 1171. — Un contrat d'ouvrage, conclu pour des travaux qui dépendent *des qualités* particulières et *personnelles* de l'entrepreneur, s'éteint par sa mort et les héritiers ne peuvent demander que le prix de la matière mise en œuvre et susceptible d'emploi, ainsi qu'une partie du salaire proportionnée à la valeur du travail accompli. Si l'auteur de la commande meurt, *ses héritiers restent liés par le contrat*. (Ancien art. 1162.)

La première phrase reproduit l'ancien article 1162 : Le rapport établi par le contrat d'ouvrage n'étant pas comme le contrat de services de nature personnelle,

rien ne s'opposait à sa transmission aux héritiers de l'entrepreneur, sauf si les qualités particulières de celui-ci étaient à la base du rapport.

En cas de décès de l'auteur de la commande, ses héritiers restent tenus, mais s'ils veulent se désister du contrat il leur est loisible de le faire en se soumettant à l'application de l'article 1168.

III. — *Du contrat d'édition*

L'ancien chapitre XXVI contenait 8 articles relatifs au contrat d'édition. Ils se réduisent à deux à présent, non pas que l'on fût d'avis que la matière manquât d'importance, mais parce qu'une loi particulière parut plus propre à la régler (le même point de vue prévalut pour le contrat d'assurance). Toutefois, il ne fallait pas rayer du code ce contrat, ne fût-ce que pour affirmer que tout en étant une forme du contrat de travail, il n'était pas un contrat de services ou un contrat d'ouvrage, mais qu'il était soumis à des règles propres, dont la plus importante est celle de l'article 1173 nouveau.

Art. 1172. — *Par le contrat d'édition, l'auteur d'une œuvre littéraire, artistique ou photographique — ou le successeur à ses droits — s'engage à la laisser publier par autrui, qui de son côté s'engage à la reproduire et à la vendre.* (Ancien art. 1164.)

Art. 1173. — *Si rien n'a été stipulé sur le nombre d'éditions, l'éditeur n'en a droit qu'à une seule. Tant qu'une édition n'est pas épuisée, l'auteur ne peut disposer autrement de l'ouvrage, qu'après avoir donné à l'éditeur une indemnité convenable.* (Anciens art. 1167 et 1168.)

La définition de l'article 1172 est celle admise aujourd'hui en législation et en doctrine, en y ajoutant

toutefois les œuvres photographiques.

L'ancien article 1167, si le nombre des exemplaires n'avait pas été déterminé, reconnaissait à l'éditeur un droit illimité à sortir de nouvelles éditions. La règle est aujourd'hui renversée (cf. art. 383 du Code suisse des obligations) : en cas de doute, son droit se limite à une seule édition.

La deuxième phrase de l'article 1173, qui répète la disposition de l'ancien article 1168, tient compte à la fois des intérêts de l'éditeur et du légitime désir de l'auteur d'améliorer ou compléter son œuvre. L'indemnité due à l'éditeur se calculera non seulement d'après le nombre d'exemplaires non vendus, mais en prenant en considération toutes les circonstances qui peuvent avoir quelque poids.

IV. — *Des prestations faites dans un but illicite*

Art. 1174. — Nul ne peut réclamer la restitution de ce qu'il a sciemment donné pour provoquer une action impossible ou illicite. Les lois politiques déterminent les cas où le fisc est en droit de faire la confiscation. Mais lorsque pour empêcher une action illicite, quelque chose a été donné à celui qui voulait commettre cette action, la restitution peut en être réclamée.

La restitution d'un prêt fait en vue d'un jeu interdit ne peut être poursuivie en justice. (Anc. art. 1174.)

L'addition de l'alinéa 2, à cet article, était commandé par les considérations suivantes :

Le prêt, alors qu'il est fait pour permettre le paiement d'une dette de jeu, ne peut être par cela seul déclaré contraire aux bonnes mœurs et par conséquent nul, en vertu de l'article 1179. Car la cause de ce prêt, comme de tout autre, est la concession d'un crédit. Que deviendrait la sécurité des relations s'il fallait rechercher dans chaque cas l'usage que l'emprunteur veut

faire des fonds que l'on met à sa disposition ? La concession de ce crédit n'est pas davantage un acte de complicité dans l'accomplissement d'une action répréhensible : l'argent n'est pas remis pour provoquer cet acte (ce que vise l'article 1174, al. 1), mais simplement à l'occasion de cet acte.

Une disposition positive était nécessaire pour atteindre le résultat désiré. Et elle devait prendre la place non des articles 878 et 879, mais de l'article 1174 ; car il s'agit d'affirmer, non la nullité du contrat de prêt, mais l'impossibilité d'une action en restitution pour cause d'enrichissement. Sans doute, pourra-t-on s'étonner de trouver cette disposition parmi les divers contrats relatifs à des prestations de services. Mais la critique atteint aussi le code de 1811, qui avait réservé cette place pour ses règles sur la *condictio ob turpem causam*, que l'on a pris l'habitude de chercher précisément dans cet article 1174.

— Du rapport des dispositions du code relatives au contrat de services avec les lois particulières en vigueur.

Les rapports de service qui ne relèvent pas du droit privé, mais des organismes soumis au droit public, sont évidemment soustraits à l'application des règles du Code.

Pour les rapports de droit privé, ces règles valent comme droit subsidiaire et s'appliquent chaque fois qu'il n'existe pas de loi particulière ou chaque fois que la loi particulière ne fournit pas de disposition pour une situation déterminée. L'article 153 de la troisième novelle l'exprime clairement : « Les prescriptions légales spéciales à des rapports de services déterminés demeurent inchangées ; ce n'est que dans la mesure où elles font défaut, que les dispositions de l'article 159 de la novelle trouvent leur application. »

La question présente cependant des points délicats, et, en particulier là où les lois particulières, fort

nombreuses, placent en premier lieu la libre convention des parties pour l'appréciation de leurs rapports; alors que le Code révisé contient des dispositions multiples de caractère impératif (art. 1164).

L'article 72 de la loi sur l'industrie, par exemple, dispose qu'en premier lieu le contrat dans les limites que lui trace la loi, les prescriptions particulières de cette loi en deuxième lieu, le code civil en troisième, sont décisifs. Quelles sont les lois traçant des limites à la liberté contractuelle que vise cet article ? Sans aucun doute, la loi sur l'industrie elle-même et les lois en vigueur au moment de sa promulgation; et en ce cas, les règles du Code révisé ne sont applicables qu'à défaut d'une convention et n'ont pas une valeur impérative, alors même qu'elles se présentent comme telles. Accorde-t-on au contraire à la clause de l'article 72 une portée générale, lui fait-on inclure, quelles que soient leurs dates, toutes les lois qui apportent des restrictions à la liberté contractuelle, en ce cas les règles nouvelles du code, déclarées impératives par l'article 1164, mettent en pièce le principe dominant jusqu'ici de la libre convention des parties.

La revision ne pouvait laisser ce point dans l'ombre. Dresser une liste de toutes les dispositions spéciales, de toutes les lois particulières, qui se trouvent abrogées, modifiées ou inchangées, à la suite de la revision, était irréalisable. C'est pourquoi il fallait laisser le soin de cette détermination, pour chaque cas distinct, à la doctrine et à la jurisprudence. Il n'y avait-là aucun danger, si l'on avait souci de restreindre autant que possible le champ du doute, en ne se bornant pas à déclarer inchangées les lois particulières, mais en ajoutant que les textes du code révisé s'appliquent toutes les fois, et seulement alors, que ces lois ne contiennent pas de dispositions répondant à la situation.

Ce champ peut être réduit à peu de chose. En effet, un examen des articles que l'article 1164 déclare

impératif révèle que sont sans application au contrat de travail industriel : l'article 1154 al. 3, car l'échéance du salaire est réglée par les articles 77 et suivants de la loi sur l'industrie; l'article 1157, car les devoirs de protection sont visés par l'article 74 de la même loi; les articles 1158-1159*b*, car l'article 77 de cette loi dispose pour les délais de congé ; les articles 1162*a*-1162*d*, car la dissolution prématurée du contrat est étudiée par l'article 82 de la loi; l'article 1163, car les articles 80 et 81 de la loi parlent du certificat. Il ne reste donc à appliquer comme droit subsidiaire que les articles 1156 et suivants sur les soins à donner à la personne engagée lorsqu'elle tombe malade; l'article 1160, relatif à la recherche d'un nouvel emploi; l'article 1161, relatif au droit de la personne engagée dans le cas de faillite — dispositions de moindre importance précisément, puisque l'article 1156 n'a trait qu'aux personnes accueillies au foyer du maître; que l'article 1160 est sans grand intérêt pour le travailleur industriel à qui ses heures de travail laissent généralement le temps de chercher un emploi nouveau ; et que l'article 1161 fait presque double emploi avec les articles 82 et 83 de la loi sur l'industrie, qui donnent au travailleur des droits équivalents, sinon semblables.

Cette solution, que propose le rapport de 1912 aux difficultés que fait surgir la coexistence du chapitre 26 et des lois particulières a rencontré des critiques (29).

D^r Adler soutient qu'il n'était nullement irréalisable de dresser une liste précise des modifications qu'entraînait dans l'état présent du droit l'apparition des règles nouvelles du code; qu'il l'avait fait en maints autres endroits; que pareille précision était particulièrement désirable en matière de rapports de services où les intérêts des parties sont toujours violemment oppo-

(29) Das Verhältnis des Dienstvertragsrechtes der III Teilnovelle zu den besonderen gesetzlichen Vorschriften, par Dr. E. Adler, dans *Gerichtszeitung*, 1917, n° 7.

sés. D'ailleurs, si dans le champ d'application restreint laissé au code, ceux de ces textes déclarés impératifs gardent ce caractère lorsqu'il s'agit d'un contrat de travail industriel — et c'est là l'interprétation qu'il convient d'adopter — il est inexact de dire que la loi particulière sur l'industrie reste inchangée, puisque l'article 72 de cette loi affirme que la libre intention des parties est décisive.

Autre critique : si la même question est examinée à la fois par le code et par une loi particulière, mais de manière moins complète par celle-ci, peut-on pour combler une lacune éventuelle de la loi particulière se reporter au Code, ou bien faut-il rejeter toute application des dispositions du Code ? Le rapport admet ce rejet.

D^r Adler estime au contraire que le point de détail précis, qui est en jeu, doit être traité dans la loi particulière pour qu'elle l'emporte sur le Code. Sans doute, le droit en matière de rapport de services s'en trouvera singulièrement compliqué, et contiendra peut-être même plus d'obscurités qu'auparavant. Mais c'est là une conséquence de la solution défectueuse donnée au problème que fait surgir la coexistence de deux législations, l'une générale, l'autre spéciale. D^r Adler tendrait à favoriser la dernière aux dépens de la première.

D^r Scharfmesser (30) prend une position extrême. Il regrette que la revision n'ait pas purement et simplement ignoré le contrat de services. La diversité de ces rapports rend illusoire toute réglementation générale, et c'est là par excellence, matière à législation particulière. Les lois particulières sont très nombreuses déjà, elles seront plus nombreuses encore, et elles restent en vigueur à côté des textes du Code. Pourquoi, dès lors, le chapitre XXVI s'efforce-t-il de rapprocher des activités qui n'ont rien de commun ? « Prestations de services », disent les textes. Mais peut-on dire d'un mi-

(30) Der Dienstvertrag nach der III Teilnovelle zum A.B.G.B. par Dr. H. Scharfmesser, dans Gerichtshalle 1917, n° 6.

nistre qu'il est un serviteur, sauf par métaphore ? Et d'un avocat, d'un médecin, d'un artiste ? Le contrat qu'ils forment est un contrat de rémunération (Lohn-vertrag), auquel s'ajoute, pour l'avocat, un mandat. Steinbach proposait une distinction très nette entre l'activité déployée dans l'industrie ou dans l'exercice d'une fonction. Celui qui remplit une fonction pense avant tout à son devoir; le travailleur qui engage ses services accepte un devoir pour acquérir un droit. L'avocat, le médecin exercent une profession; ils ne louent pas leurs services.

Les conflits qui naissent des rapports de services ne sauraient être apaisés rapidement et équitablement par la juridiction ordinaire. Des dispositions générales, pour régler ces conflits, sont aussi inconcevables que des dispositions générales sur le contrat de services lui-même. Ici encore des lois particulières devront intervenir pour dispenser une justice adéquate.

Pour terminer ces observations, il convient de citer les principales de ces lois particulières :

1 — Sur les employés de commerce et employés de classes similaires — 16 janvier 1910;

2 — Sur les personnes employées dans les exploitations agricoles et forestières — 13 janvier 1914;

3 — Sur les travailleurs industriels — 8 mars 1885, 22 juillet 1902, et 5 février 1907;

4 — Sur les apprentis — 28 février 1897, 5 février 1907;

5 — Sur les employés et ouvriers des mines — 3 mai 1896, 9 janvier 1907;

6 — Sur les travailleurs des chemins de fer et travaux publics — 28 juillet 1902;

7 — Sur les employés des chancelleries d'Etat — 25 janvier 1914;

8 — Sur les facteurs des postes ruraux — 21 juin 1910;

9 — Sur les domestiques : ordonnances nombreu-

ses pour chacune des provinces;

10 — Sur les travailleurs à domicile — 19 décembre 1918.

CHAPITRE XXIX. — *Des contrats aléatoires*

Nous trouvons dans ce chapitre l'une des exceptions au principe fondamental de la liberté dans la forme des contrats, que pose l'article 883.

— De la vente d'une succession.

Art. 1278. — L'acheteur d'une succession, recueillie par le vendeur ou qui lui est au moins échue, succède non seulement aux droits, mais encore aux obligations du vendeur, comme héritier, en tant qu'ils ne sont pas purement personnels. Lors donc que la vente n'a pas été basée sur un inventaire, l'achat d'une succession est également un contrat aléatoire.

L'achat d'une succession pour être valable exige la rédaction d'un acte notarié ou sa constatation authentique dans un procès-verbal judiciaire. (Nov. III, art. 96.)

La sous-commission ne s'est pas contentée de la forme écrite comme l'article 2371 du Code allemand, elle exige la constatation authentique. Ceci fera ressortir la parenté de cette vente avec la renonciation au droit de succession de l'article 551.

CHAPITRE XXX. — *De la réparation du dommage et de l'indemnité*

En 1878 déjà, le Congrès des avocats réuni à Vienne avait émis l'avis que la réforme du droit en matière de réparation du dommage était une nécessité urgente. L'attention accordée à cette question donna

naissance à une série d'études, parmi lesquelles il convient de citer celles des professeurs Pfaff et Strohal en 1880, et celle que publia plus tard, sous forme de monographie, le professeur Randa (31).

Pfaff reconnaissait qu'une revision fondamentale du chapitre XXX, dont les règles se ramifient dans toutes les parties du droit privé, conduirait à une refonte complète du Code — sinon, à l'incertitude dans ses autres dispositions. Il n'y aurait jamais eu de difficultés avec le chapitre XXX, si on lui avait laissé, dans l'application qui en fut faite, l'esprit dans lequel ses rédacteurs l'avaient conçu. En face des controverses sur la responsabilité en raison de la faute et de la responsabilité en raison du fait, il montrait que Zeiller déjà ne voulait pas limiter à la faute la source de l'obligation de réparer un dommage.

Ihering était le défenseur le plus en vue de la responsabilité fondée sur la faute. Il ne s'arrêtait pas aux articles 1310, 1316, 1318 du Code autrichien qui admettaient déjà diverses responsabilités sans faute propre. Lorsque la loi, obéissant à des considérations d'équité et à l'intérêt des relations générales établit une responsabilité, bien que l'auteur du dommage ait agi sans faute et soit par conséquent sans reproche, il ya un cas de ce que Unger appelait « l'activité au risque propre de l'agissant ». Ces cas sont fort nombreux dans les lois spéciales, sans que l'on puisse dire que la responsabilité en raison du fait soit pleinement reconnue. L'idée qui soutient ces cas (et Unger l'exprime), c'est que chacun doit supporter les dépenses qu'entraîne la mise en œuvre de ses intérêts, et que quiconque s'assure un avantage économique particulier doit encourir de ce fait une responsabilité plus étendue.

Randa était assez éloigné de ces vues. Il réclamait une rédaction entièrement nouvelle du chapitre et nous

(31) Das Schadenersatzrecht nach der III Teilnovelle, par Dr. J. Wolf, dans Gerichtshalle 1917, Nos 1, 2, 3.

devons nous arrêter un instant à ses observations :

1 — Jugeant que c'était un défaut essentiel du Code que de traiter dans un même chapitre du délit et de la violation d'un contrat, Randa proposait la suppression des articles 1285, 1296, 1298, 1303, 1312, 1333 à 1336 et de l'allusion à la clause pénale dans l'article 1337. Mais pareille suppression, sans une refonte de tout le Code, n'aboutirait qu'à créer une lacune. En particulier déclarer superflues les dispositions relatives à la charge de la preuve (articles 1296 et 1298) (32) et les abroger aurait pour premier effet, dans l'hypothèse où le plaignant ne pourrait rapporter la preuve de la faute de l'adversaire, de mettre le juge en situation d'imposer à l'auteur du dommage la preuve de son innocence et, donc, d'introduire la règle que l'entrepreneur doit supporter tous les risques de l'entreprise, même là où des lois spéciales n'ont pas établi de responsabilité en raison du fait. La solution du délicat problème du fondement de la responsabilité dépendrait donc de la libre interprétation du droit par le juge.

2 — Randa agitait aussi le problème de la responsabilité pour les dommages moraux. A la suite du Code allemand (art. 253), il suggérait comme règle que seuls les dommages causés au patrimoine donneraient lieu à réparation et il acceptait un certain nombre d'exceptions. Il eût été facile pour la commission, si elle voulait reconnaître partout la possibilité d'agir en réparation des dommages moraux, de modifier légèrement en ce sens les articles 1293 et 1323. Mais elle fut d'avis que c'eût été aller trop loin. Quant à adopter la solution de Randa, elle entraînait l'affirmation d'une suite d'exceptions, éparpillées dans le code, ce qui dépassait les limites prévues pour la revision en cette matière. On s'en tint donc aux textes existants que l'on

(32) Article 1296. — En cas de doute, on présume que le dommage a été causé sans la faute d'autrui.

modifia quelque peu (art. 1328, 1330).

3 — Randa voulait étendre à toutes les grandes entreprises industrielles l'idée sur laquelle se fonde la loi sur la responsabilité qu'entraîne l'exploitation des chemins de fer. La commission craignit que cette responsabilité, fondée sur la nature même de l'activité de celui à qui elle s'impose, ne fut une charge intolérable pour l'industrie. Elle ne devrait être établie que spécialement; et ceci dépasse le cadre du Code. La même observation vaut pour la responsabilité des fonctionnaires publics.

4 — On agita enfin la question de savoir si les définitions des articles 1323 et 1324 (33) valaient encore pour déterminer l'étendue du devoir de réparation. L'idée que la mesure dans laquelle il faut réparer est liée au degré de faute de l'auteur du dommage est juste et acceptée en général; mais on critiquait la rigoureuse distinction entre le *damnum emergens* qui donnait lieu à « Schadloshaltung (dédommagement) et le *lucrum cessans* qui donnait lieu à « volle Genugtuung » (pleine satisfaction), et l'on suggérait une règle plus souple, telle la règle du Code suisse des obligations (art. 47, 49, 99) qui laisse au juge l'appréciation de l'étendue de la réparation. Mais une correction en ce sens aurait entraîné un changement complet dans la terminologie

(33) Art. 1323. Celui qui se trouve obligé à réparer un dommage causé doit tout remettre dans son état antérieur, ou si cela n'est pas possible payer la valeur de l'estimation. Lorsque la réparation n'a pour objet que le dommage causé, elle s'appelle à proprement parler dédommagement (Schadloshaltung); mais lorsqu'elle s'étend au gain perdu et qu'elle doit faire disparaître complètement le tort causé, elle s'appelle satisfaction pleine (volle Genugtuung).

Article 1324. — Dans le cas d'un dommage causé par l'effet d'un dol ou d'une négligence évidente, la partie lésée est en droit de demander pleine satisfaction; dans les autres cas, elle ne peut prétendre qu'au dédommagement simple. C'est d'après cette distinction que l'on doit déterminer la nature de la réparation dans les cas où la loi se sert du mot générique de réparation.

du code où les mots « *Schadloshaltung* » et « *volle Genugtuung* » apparaissent maintes fois et aurait exigé des retouches nombreuses dans des dispositions relatives à des rapports obligatoires particuliers. La commission jugea opportun d'éviter des retouches, qui auraient eu d'aussi lointaines répercussions.

En fin de compte, la commission, dépassant de loin le projet gouvernemental fort timide en cette matière, mais attentive à ne donner des solutions en conflit avec le droit de 1811 que sur des points déterminés, sans bouleverser l'ensemble du chapitre, revisa quatorze articles, en ajouta deux, en supprima un et aborda de la sorte une dizaine de questions que nous allons examiner.

— Du dommage causé avec faute.

La conscience juridique nouvelle apparaît particulièrement dans le problème que soulève les actes accomplis de façon contraire au droit (*Widerrechtlichkeit*) et pour lequel le code de 1811 connaissait les règles suivantes :

1 — On est responsable pour un acte contraire au droit, non pour un acte contraire aux bonnes mœurs.
2 — Même l'acte accompli en état de nécessité reste contraire au droit et rend responsable. 3 — L'exercice d'un droit ne saurait être contraire au droit, il n'oblige jamais à réparer.

Ces trois règles sont renversées aujourd'hui : 1 et 3 par l'article 1205. 2 par l'article 1306. Elles ont d'ailleurs une portée pratique inégale. La deuxième et la troisième ne joueront que dans des cas exceptionnels. Mais la première au contraire est l'une des plus riches en conséquences que contienne le Code révisé.

Art. 1295. — Toute personne a le droit de demander la réparation d'un dommage à celui qui le lui a causé par sa faute, soit que le dommage provienne de

la violation d'un devoir fondé sur une convention, soit qu'il ne se rapporte à la violation d'aucun contrat.

Celui qui cause intentionnellement un dommage, d'une manière qui blesse les bonnes mœurs, est aussi responsable ; il ne l'est cependant, si le dommage a été causé par l'exercice d'un droit, que si l'exercice de ce droit avait manifestement le but de nuire à autrui. (Nov. III art. 154.)

Art. 1305. — Celui qui fait usage de son droit dans les limites légales (art. 1295 al. 2) n'a point à répondre du dommage qui en résulte pour autrui. (Nov. III, art. 155.)

L'alinéa 2 de l'article 1295 est moins lié à l'alinéa 1 qu'à l'article 1294 (34). Dans le même esprit que l'article 879, qui supprime toute distinction entre les contrats contraires aux lois et contraires aux bonnes mœurs, il cherche à mettre en harmonie le droit et la morale; l'acte contraire aux mœurs est traité comme l'acte contraire à la loi; il crée l'obligation de réparer. On a prétendu que pareille disposition était superflue. Mais s'il est vrai que cette obligation se fonde sur la faute en général, il ne faut pas oublier que cette faute, d'après l'article 1294, sous-entend en premier lieu la conduite « contraire à la loi ». Or, l'article 879 ayant assimilé la violation des bonnes mœurs à la violation de la loi, il y avait quelque danger à ne pas exprimer une règle semblable dans l'article 1295, cette omission pouvant prêter à une interprétation erronée.

Cette règle présente un intérêt particulier en ma-

(34) Article 1294. — Le dommage provient soit d'une action ou d'une omission illégale de la part d'autrui, soit d'un accident. La lésion illégale est ou volontaire ou involontaire ; la lésion volontaire provient soit d'une mauvaise intention, quand le dommage a été causé sciemment et volontairement, soit d'un manquement, quand le dommage a été causé par une ignorance imputable ou par un manque d'attention ou de soins convenables. Il y a faute dans les deux cas.

tière de concurrence déloyale, où la conduite du concurrent ne violera le plus souvent aucune prescription légale. La protection des marques et brevets, de la firme, ainsi que de la réputation et du crédit, contre les attaques calomnieuses ne suffit pas dans tous les cas. Une disposition très générale, telle qu'en contient une l'article 1295, al. 2, était utile.

L'acte contraire aux bonnes mœurs peut prendre la forme de l'exercice abusif d'un droit. Une prohibition des litiges de pure chicane, semblable à celle de l'article 226 du code allemand (35) présentait le grand danger d'être elle-même une invitation à la chicane. Son application apprit que l'obligé était enclin à prétendre en toutes circonstances que l'exercice du droit était abusif et n'avait d'autre but que de lui nuire. Le juge devait sans cesse résister à ces tentatives déloyales. Il fallait donc condamner la chicane en tant que violation aux bonnes mœurs, et elle devait faire naître une obligation de réparer lorsqu'un dommage réel avait été provoqué.

La simple exception du code allemand, trop facile à soulever, s'est transformée en demande de réparation, que l'on hésitera souvent à introduire sans fondement. Selon le projet de 1912, ce fondement existait lorsque l'exercice du droit avait *uniquement* pour but de nuire. La prohibition en perdait toute portée pratique. Car, à côté de ce but essentiel, apparaissait toujours un but secondaire, ne fût-ce que celui de la satisfaction d'un droit que l'on possède et auquel on ne veut pas renoncer. Aussi la troisième novelle a-t-elle renforcé la prohibition en admettant l'obligation de réparer, lorsque le demandeur avait *manifestement* l'intention de nuire par son action. Encore faut-il que pareille action blesse les bonnes mœurs et que par son but — et non seule-

(35) Article 226. — L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui.

ment par le dommage qu'elle cause — elle témoigne contre le demandeur.

La règle de l'article 1305, empruntée au droit romain, avait été qualifiée par Steinbach de « droit du poing » et jugée d'un « individualisme outrancier ». Un rappel de l'innovation de l'article 1295, al. 2 était indispensable pour donner au texte sa vraie portée.

— De l'état de nécessité.

Le nouvel article 1306a, pas plus que l'ancien Code, ne reconnaît un droit de la nécessité. Mais il voit dans l'état de nécessité une circonstance atténuante de la faute et il laisse à l'appréciation du juge, dans chaque cas particulier, le soin de décider s'il y a ou non, lieu de réparer. C'est là une idée que le Code avait fait valoir déjà en cas de dommage causé par un dément ou par un enfant (art. 1310) (36).

Art. 1306a. — Lorsque quelqu'un, dans l'état de nécessité a causé un dommage, pour écarter de lui ou d'autrui un danger directement menaçant, le juge doit reconnaître si et dans quelle mesure le dommage sera réparé ; il examinera notamment si le préjudicié s'est abstenu de résister au dommage en raison du danger qui menaçait autrui ; il tiendra compte aussi des rapports qu'il y a entre la grandeur du dommage et celle du danger ou encore entre les patrimoines de l'auteur du dommage et du préjudicié. (Nov. III, art. 156).

Art. 1307. — Lorsque quelqu'un s'est mis par sa

(36) Article 1310. — Si la partie lésée ne peut obtenir de dédommagement par le moyen de ce recours, le juge statuera sur la réparation complète ou partielle du dommage, en examinant si une faute ne peut être imputée à l'auteur du dommage, dans la circonstance particulière, bien qu'il n'ait pas habituellement l'usage de sa raison, ou si la partie lésée n'a pas négligé de s'opposer au dommage par ménagement pour celui qui l'a causé, et enfin, en prenant en considération la fortune de la partie lésée ainsi que celle de l'auteur du dommage.

faute dans un état passager de trouble d'esprit ou dans un état de nécessité, le dommage qu'il a causé dans cet état doit lui être imputé. Il en sera de même du tiers qui par sa faute aura fait le coupable dans cette situation. (Nov. III, art. 157).

Les actes commis en état de nécessité peuvent être de diverses sortes :

1 — Soit la défense légitime prévue par l'article 19; aucune obligation de réparer ne prend naissance lorsqu'il s'agit de se défendre personnellement contre l'attaque injuste d'autrui. Si l'attaque ou la menace a une origine, qui écarte toute idée de violation d'un droit (attaque par un animal, par exemple, menace par une chose — Sachwehr), on a douté que l'art. 19 s'appliquât encore, bien que ce soit aujourd'hui généralement admis (cf. art. 228 C. C. allemand).

2 — Les cas qui ne relèvent pas de la légitime défense sont ceux que vise l'art. 1294 et qui rendent responsables. Cependant il peut se faire que l'état de nécessité soit tel qu'il enlève à l'individu toute faculté de réflexion et le mette en état de démence. L'acte en ce cas, ainsi qu'il ressort de l'article 1307, est contraire au droit, mais involontaire (art. 1294); il n'est pas permis, mais il ne crée pas l'obligation de réparer. Il est incertain si une réparation équitable, d'après l'article 1310, peut être reconnue.

3 — Si l'état de nécessité ne va pas jusqu'à créer la démence et si l'acte n'est pas une forme de la légitime défense, il y a alors violation volontaire du droit, hypothèse que la loi n'examine pas spécialement, mais qui impose l'obligation de donner pleine satisfaction, d'après les articles 1295 et 1324.

La question qui se posait était de savoir si une entière libération dans les deux premiers cas, une pleine et entière satisfaction dans le troisième était toujours une solution équitable. La sous-commission ne le crut pas : une disposition nouvelle, cadrant autant que possible avec la législation en matière de réparation du

dommage, devait être insérée dans le code révisé pour combler ce qui paraissait être une lacune.

Fallait-il donc reconnaître que l'acte accompli en état de nécessité était justifié en droit, comme le fait le code allemand dans les articles 928 et 904 ? S'il en était ainsi, celui qui en souffre serait tenu de le supporter et si l'auteur de l'acte usait de violence devant la résistance qu'il rencontre il ne ferait qu'affirmer son droit. Situation dangereuse que ne suffit pas à rendre acceptable la condition qu'y met le code allemand : le danger menaçant doit être plus grand que le dommage causé. Car l'appréciation de ce danger, *avant* l'accomplissement de l'acte, est purement subjective. Aussi, d'après l'article 1306a, l'acte fait en état de nécessité reste-t-il contraire au droit.

Nous avons vu que l'on avait tendance à assimiler à la légitime défense contre l'acte direct d'autrui, qui dispense de toute réparation, la défense contre l'attaque d'un animal ou contre la menace d'une chose. En théorie, pareille assimilation peut se justifier peut-être. Mais en législation, il faut reconnaître qu'il est presque impossible de distinguer la chose qui menace et qu'il faut repousser de celle qui se trouve simplement dans le chemin — distinction sur laquelle repose cependant toute la question de l'obligation de réparer. L'habituelle distinction (« en cas de défense contre une chose, le danger est écarté non pas, comme c'est le cas pour les vrais actes accomplis en état de nécessité, en portant atteinte au domaine des droits d'un tiers désintéressé, mais en causant un dommage à la chose même qui menace ») repose sur une personnification de la chose difficilement acceptable dans le droit actuel. La suppression de l'obligation de réparer ne se justifierait que si un principe général faisait peser sur le propriétaire la responsabilité pour les risques de dommage que crée sa chose (cf. art. 833 C.C. allemand, pour le dommage causé par un animal). Un semblable principe général n'existe pas dans le code

autrichien, et les textes revisés des articles 1319 et 1320 l'ignorent, même pour les deux cas les plus pratiques de danger créé par un bâtiment et par un animal.

Faut-il donc en conclure que chaque fois qu'un individu, sous la pression des circonstances est amené à agir contrairement au droit, il y a lieu pour lui de fournir une réparation complète ? Cette solution parut trop rigoureuse. Si l'état de nécessité, ainsi que la démence, n'exclut pas toute faute, il provoque cependant une diminution de la réflexion et de la liberté de décision, qui doit être prise en considération ; mais ne peut l'être que par le juge dans chaque cas particulier. Le code, sans se remettre entièrement au juge du soin d'apprécier l'étendue de la réparation (comme le fait l'article 52 du code suisse des obligations) lui fournit quelques éléments d'appréciation, à l'imitation de l'article 1310. De plus, la distinction classique entre les suites de la faute lourde, qui oblige à réparer le dommage et la perte de gain, et de la faute légère qui n'oblige qu'au dédommagement, vaut ici également. L'acte accompli en état de nécessité est donc un acte contraire au droit, auquel on peut résister, et qui donne naissance à l'obligation de réparer le dommage ; mais cette obligation peut être adoucie en raison des circonstances énumérées. Pareil adoucissement serait injustifié dans l'hypothèse de l'article 1307.

Le texte de l'article 1306a ne définit pas l'état de nécessité, mais fournit assez d'indications pour en déterminer les limites : danger menaçant soit l'auteur du dommage, soit autrui ; toute espèce de dommage et non seulement atteinte à la propriété comme le veut le code allemand qui, reconnaissant un droit de la nécessité, devait nécessairement le restreindre.

— De l'obligation pour les impubères de réparer.

Art. 1308. — Lorsque des fous, des imbéciles, des

impubères, causent du dommage à quelqu'un qui, par une faute quelconque, en a lui-même fourni l'occasion, ce dernier ne peut prétendre à aucune réparation. (Nov. III, art. 158.)

Ancien texte : «... des imbéciles, des enfants,,., »

L'article 248 ayant fixé à 14 ans la responsabilité des mineurs en matière de délit civil, l'article 1308 devait être modifié en conséquence.

— De l'obligation de réparer née des actes d'autrui.

La nécessité d'une réforme des règles relatives à la responsabilité des maîtres ou des chefs d'entreprise pour les violations de contrat ou les délits de leurs auxiliaires, était généralement et dès longtemps reconnue. La jurisprudence en était réduite aux interprétations les plus audacieuses, lorsque, pour répondre aux besoins des circonstances, elle cherchait à échapper au principe, déduit de l'article 1313 (37), que la responsabilité n'existe que s'il y a faute dans le choix.

Le projet gouvernemental se limitait à la seule responsabilité pour les actes des auxiliaires à l'exécution. Le projet de 1912 embrassa la question dans son ensemble.

Art. 1313a. — Celui qui s'est obligé envers autrui à faire une prestation, est tenu, comme de sa faute propre, de la faute de son représentant légal, ainsi que des personnes qu'il emploie pour l'exécution. (Nov. III, art. 159.)

Art. 1314. — Toute personne qui prend à son service un domestique sans certificats, ou qui conserve sciemment à son service une personne dangereuse par sa condition physique ou morale, ou qui lui donne

(37) Article 1313. — En général, nul n'est responsable des actions illégales d'autrui auxquelles il n'a pas pris part ; et dans les cas où les lois en ont disposé autrement, il conserve son recours contre l'auteur du dommage.

asile, est responsable envers le propriétaire et les colocataires de la maison, du dommage qu'entraîne la nature dangereuse de cet individu. (Nov. III, art. 160.)

Art. 1315. — *En général*, celui qui confie le soin de ses affaires à une personne incapable ou qu'il sait être dangereuse, est responsable pour le dommage que cette personne cause de ce fait à autrui. (Nov. III, art. 161.)

Il convient de distinguer diverses responsabilités pour les actes des auxiliaires :

1 — La responsabilité pour des auxiliaires, dans le sens étroit, c'est-à-dire pour les personnes que le débiteur s'adjoint pour exécuter son obligation (art. 1313a). La « culpa in eligendo » ne suffit pas ici. Le débiteur en raison de son obligation, doit répondre de la faute de son auxiliaire comme de la sienne propre (cf. art. 278 C. C. allemand; art. 101 Code suisse des obligations), et de sa faute seulement, non du fait de l'exécution par lui, car il est sous-entendu ici que l'adjonction d'un auxiliaire n'était pas en soi interdite. Il faut distinguer l'hypothèse de l'article 1313a de celle de la responsabilité pour les délits des auxiliaires (qu'étudient les articles 1314 et 1315) et de la responsabilité s'il y a substitution, c'est-à-dire si l'obligé pour se libérer de sa prestation se substitue une autre personne à laquelle seule le créancier peut s'adresser. En ce dernier cas, ou bien pareille substitution est inadmissible parce qu'elle viole le contrat, et il y a lieu d'appliquer l'article 1010 (38) qui rend l'obligé responsable « de tout le dommage qui autrement ne serait pas arrivé »

(38) Article 1010. — Si le mandataire confie l'affaire à un tiers sans nécessité, il demeure seul responsable des conséquences. Mais si la faculté de substituer lui a été expressément accordée par la procuration, ou si les circonstances ont rendu la substitution indispensable, il n'est responsable que de la faute qu'il aurait commise à l'occasion du choix de la personne.

(cf. art. 1311); ou bien, elle est permise, et en ce cas l'obligé n'est tenu d'après la règle générale de l'article 1295, confirmée par l'art. 1010, que s'il y a eu faute dans le choix de la personne substituée.

L'idée d'une responsabilité, sans « culpa in eligendo », pour les actes des auxiliaires à l'exécution a été étendue jusqu'aux actes du représentant légal, auxiliaire non choisi. L'article 278 du code allemand connaît la même solution et, selon l'opinion peut-être discutée du rapporteur de 1912, elle pourrait résulter implicitement de l'article 1017 : « Le mandataire peut comme représentant le mandant, aux termes de la procuration, acquérir pour lui des droits et lui imposer des obligations... ». Une exception se trouve aujourd'hui dans l'article 264 (39), qui jadis ne faisait que se conformer à la règle générale; mais on jugea opportun de ne pas alourdir une charge supportée déjà impatiemment.

Observons que la règle de l'article 1313a n'a pas le caractère impératif et que l'on pourrait par contrat, écarter toute responsabilité pour les actes des auxiliaires, ou encore proscrire l'emploi de ceux-ci.

La troisième nouvelle a ajouté au texte de 1912 les mots « envers autrui », afin de mettre en relief que la responsabilité n'existe qu'à l'égard du co-contractant.

2. — La responsabilité pour les délits communs :
a) par les auxiliaires visés plus haut, non au cours de l'exécution de la prestation, mais à l'occasion de leur emploi; b) par les domestiques, les co-locataires... (art. 1314, 1315).

L'article 1314 pouvait rester intact, à l'exception des mots « asile à un malfaiteur notoire », qu'il fal-

(39) Article 264. — En général, le tuteur n'est responsable que de ses propres fautes et non de celles de ses subordonnés. Mais s'il a sciemment institué des personnes incapables, s'il les a conservées en place ou s'il n'a pas exigé la réparation du dommage par eux causé, il est personnellement responsable en raison de cette négligence.

lait supprimer, parce qu'ils étaient inutiles et inhumains.

L'article 1315 vise un cercle de personnes beaucoup plus large que l'article 1313a : il ne s'agit plus seulement d'auxiliaires à l'exécution d'une obligation, mais à l'acquisition, à l'exercice d'un droit, ou dans toute affaire lucrative ou personnelle. A ce cercle élargi correspond une responsabilité moindre : elle ne s'étend pas à tous les délits, comme c'est le cas pour l'art. 1314, mais à ceux seulement commis en prenant soin des affaires du responsable. La troisième nouvelle a modifié le texte du projet de 1912 qui disait : « ... Une personne qu'il sait être incapable ou dangereuse. » Aujourd'hui, en cas d'incapacité, la responsabilité existe, que l'employeur en ait ou non eu connaissance. Celui, qui par souci d'économie emploie une personne incapable, ne doit pas en faire supporter le risque par les tiers ; mais sa responsabilité ne prendra naissance que si le dommage a pour cause l'incapacité de la personne. On se rapproche de la sorte de la responsabilité du maître, telle que la connaît l'article 1384 du code français et telle que l'avait toujours ignorée la législation autrichienne.

Il parut inutile d'ajouter une disposition spéciale sur la responsabilité du locataire pour les actes des personnes appartenant à son foyer. Les articles 1313a, 1314, 1315 suffirent à couvrir tous les cas pratiques. La jurisprudence a dès longtemps tenu le locataire pour les fautes de ses domestiques.

Art. 1316. — *Les hôteliers, qui hébergent les étrangers, ainsi que les autres personnes désignées à l'article 970, en outre les patrons de navires et les voituriers, sont responsables du dommage causé par leurs propres domestiques, ou par ceux qu'ils ont recommandés, aux choses apportées ou remises par un hôte ou un voyageur dans leur maison, leur établissement, leur navire ou voiture. (Nov. III, art. 162.)*

Les articles 970, 970a, 970b, 970c règlent les rapports qui s'établissent entre les hôteliers et les personnes qu'ils reçoivent en leurs établissements et la responsabilité contractuelle des premiers pour le dommage causé aux bagages, aux objets, apportés par les derniers.

L'article 1316 établit une responsabilité délictuelle. Il s'agit de délit commis par les gens de l'hôtelier dans l'établissement, mais non dans l'exercice de leurs fonctions. Les articles 970 et 1313a couvrent ces cas, semble-t-il, et l'on peut se demander en quelles circonstances, le voyageur recourrait plutôt à une action délictuelle, puisqu'il lui faudrait alors prouver (art. 1296) qu'il a souffert d'un dommage causé de façon coupable par un domestique déterminé. Il est cependant des cas où l'action contractuelle de l'article 970 n'est pas possible, où elle est insuffisante, si par exemple l'argent ou les objets précieux ont une valeur supérieure à 1.200 couronnes; ou bien si elle est forclosée, parce que la personne lésée n'a pas averti immédiatement l'hôtelier; ou parce que le délai de 30 jours de l'article 967 est écoulé (40).

Le maintien de la responsabilité délictuelle à côté de la contractuelle en cette matière, n'est pas sans exemple en législation autrichienne. La loi sur la responsabilité pour les accidents d'automobile, 8 août 1908, qui accueille l'idée d'une responsabilité en raison du fait, et non de la faute, a dans ses articles 7 et 8 maintenu la possibilité d'agir en vertu des règles du code, en se fondant sur le délit.

(40) Article 967. — Le déposant est obligé de payer au dépositaire le dommage causé par sa faute, ainsi que les frais faits pour la conservation de la chose déposée ou pour l'augmentation de ses produits continus. Si dans un cas de force majeure le dépositaire a sacrifié ses propres biens pour sauver la chose qui lui a été confiée, il peut réclamer un dédommagement proportionné. Les répétitions réciproques du déposant et du dépositaire d'une chose mobilière ne peuvent toutefois être formées que pendant un délai de 30 jours, à partir du moment de la restitution.

— Du dommage causé par un bâtiment ou par un animal.

Le traitement de ces deux hypothèses a ceci de commun que, ni pour l'une ni pour l'autre, le Code n'a totalement abandonné l'idée d'une responsabilité fondée sur la faute ; il s'est borné à l'étendre au delà de ses limites anciennes.

Art. 1319. — *Lorsque la chute ou le détachement de parties d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage élevé sur un fond, blesse quelqu'un ou cause un dommage quelconque, le possesseur du bâtiment ou de l'ouvrage est tenu d'indemniser la victime lorsque l'événement est la conséquence de l'état défectueux de l'ouvrage et qu'il ne démontre pas, qu'il a pris tout le soin nécessaire pour écarter le danger.* (Nov. III, art. 163.)

Art. 1320. — *Lorsqu'un animal blesse une personne, celui-là en est responsable qui y a poussé, excité l'animal ou qui a négligé de l'en empêcher. Celui qui se sert de l'animal est responsable lorsqu'il ne démontre pas qu'il a donné ses soins à sa garde ou à sa surveillance.* (Nov. III, art. 164.)

L'ancien article 1319 se bornait à énoncer une vérité assez évidente : qu'en cas de danger menaçant, tout individu pouvait le dénoncer aux autorités publiques. Cet article est précédé d'un autre non révisé, qui rend responsable l'occupant d'un logement du dommage causé par une chose qui en est tombée ou qui en a été jetée ou répandue. C'est la vieille action romaine « de effusis et dejectis ».

Il fallait dans le code une disposition relative au dommage causé par un bâtiment ruineux. L'idée d'une responsabilité née à cette occasion n'est pas tout à fait étrangère au code. L'article 343, au titre de la posses-

sion, l'avait exprimée déjà (41); mais la responsabilité n'existait qu'à l'égard du voisin et créait en premier lieu une obligation de garantie. Il convenait de l'étendre (Randa, Unger). On ne pouvait cependant aller aussi loin que l'article 1386 du code français, qui serait une charge par trop lourde pour les occupants des maisons et pour les établissements industriels. L'idée fondamentale adoptée est celle-ci : Le possesseur du bâtiment est responsable, sous la double condition que la cause de la chute se trouve dans la construction ou l'entretien défectueux de l'ouvrage et qu'il y a de sa faute dans cet état de choses. Mais, quant à cette deuxième condition, pour protéger les tiers qui ne pourraient que difficilement faire la démonstration de cette faute, la charge de la preuve est imposée au possesseur. C'est une exception à l'article 1296 et un emprunt à l'article 836 du code allemand. Il n'y a pas de renversement de la preuve pour la première condition.

Puisque l'on rejetait le principe de la responsabilité pour le risque créé, l'on ne pouvait déclarer seul responsable le propriétaire du bâtiment ou de l'ouvrage. En revanche, on ne pouvait déclarer tenu tout occupant temporaire. La personne visée est celle qui était en mesure d'écarter le danger en prenant les dispositions nécessaires; c'est ice que veulent exprimer les mots : « le possesseur du bâtiment ou de l'ouvrage »

La responsabilité de l'article 1319 a sa source dans toute espèce de dommage, et en particulier dans la blessure ou la mort d'une personne provoquée par la chute de tout ou partie de la construction, ce qui n'est que l'application de la disposition générale de l'article 1293.

(41) Article 343. — Quand le possesseur d'un droit réel peut prouver qu'une construction existante appartenant à autrui est sur le point de s'écrouler et le menace d'un danger évident, il est autorisé à réclamer en justice des garanties, si d'ailleurs l'autorité politique n'a pas déjà pris les mesures convenables dans l'intérêt de la sûreté générale.

Pas plus que l'article 1319, l'article 1320 n'adopte une responsabilité en raison du risque créé, plus ou moins comparable à celle des articles 1385 du code français et 833 du code allemand. Toutefois, il était impossible, en présence des tendances actuelles de la jurisprudence, de ne pas réviser la deuxième phrase de l'article: « Si nul ne peut être convaincu d'une faute de ce genre, le dommage est considéré comme accidentel ». Dans le texte actuel, la faute reste le fondement de la responsabilité. Mais une fois démontré le fait que l'animal était en la garde du défendeur, il appartient à celui-ci de prouver qu'aucune faute ne lui incombe. À défaut de quoi, il est tenu de réparer le dommage. Ce renversement de la preuve suffit à rapprocher l'article 1320 des solutions que la jurisprudence cherchait à faire prévaloir.

Quant à la personne soumise à la responsabilité, les observations faites plus haut, à l'occasion du dommage causé par un bâtiment ruineux s'appliquent ici. Il s'agit de toute personne qui exerce sur la bête une garde prolongée. Le juge, d'après cette indication, déterminera dans chaque cas particulier quel est le gardien responsable.

La rédaction nouvelle de la deuxième phrase ne rend pas inutile la première, où il ne faut voir qu'une application des règles générales des articles 1295 et 1296. Car elle met en relief que le coupable direct est en premier lieu tenu de réparer, et qu'il est soumis au recours du gardien tenu à ses côtés.

— Des diverses sortes de réparation du dommage.

I. — Mort d'un homme.

Art. 1327. — Lorsqu'une blessure corporelle a été suivie de mort, on devra non seulement payer tous les frais, mais encore fournir à *ceux que laisse le défunt et dont la loi lui imposait l'entretien, une indemnité proportionnée à leur perte.* (Nov. III, art. 165.)

La modification essentielle dans ce texte est la substitution aux mots « à la femme et aux enfants que laisse le défunt » des mots « à ceux dont la loi imposait l'entretien au défunt ». C'était mettre le texte en harmonie avec les décisions récentes de la Cour suprême.

L'on doutait auparavant si la prescription de l'article 1327 était une simple application de la règle générale de l'article 1295, ou une extension de celle-ci, quant à l'étendue de la réparation, ou encore une limitation, quant aux personnes qui y ont droit. Il apparaît aujourd'hui que ce droit n'appartient qu'aux personnes au profit desquelles existait une créance légale d'aliments contre le défunt (il est refusé à ceux qui *en fait* étaient secourus par le défunt). Ces personnes sont, outre la femme et les enfants légitimes, les enfants naturels (art. 166), les parents légitimes sous les conditions de l'article 154 (42) et la mère naturelle dans les limites prévues par l'article 167. Le droit n'appartient pas aux personnes qui auraient contre le défunt une créance d'aliments, en vertu d'un contrat, par exemple; pas plus qu'à tout autre créancier, non seulement parce que les obligations se transmettent aux héritiers du défunt, mais plus encore parce que si l'on accordait le droit à réparation à tout créancier dont la créance est mise en danger par la mort de son débiteur, on aboutirait inévitablement à des abus déplorables.

On écarta une disposition analogue à celle de l'article 845 du Code allemand: « ... lorsque la victime était obligée légalement envers un tiers à fournir des services dans le ménage ou l'industrie de ce dernier, doit... réparation ». Elle n'a d'intérêt véritable en légis-

(42) Article 154. — Les dépenses faites pour l'éducation des enfants ne donnent aux parents aucun droit sur la fortune que les enfants acquièrent postérieurement. Mais, si les parents tombent dans l'indigence, les enfants sont tenus de les entretenir d'une manière convenable.

lation allemande qu'en raison des articles 1356 al. 2 et 1617, qui imposent à la femme mariée et aux enfants le devoir de « rendre service dans le ménage ». Ces articles n'ont pas leur correspondant dans le code autrichien.

II. — Séduction d'une femme

L'insuffisance de la responsabilité imposée au séducteur par l'article 1328 était reconnue depuis longtemps. D'ailleurs, les obligations qu'il créait étaient les obligations du père naturel, que règle aujourd'hui l'article 167, alors que l'obligation délictuelle de réparer doit reposer sur le fait même de la séduction, qu'elle ait été ou non suivie de grossesse. La jurisprudence avait déjà évolué dans ce sens, par une interprétation fort libre de l'article 1328.

Art. 1328. — *Celui qui détermine une femme à accepter le concubinage par des agissements répréhensibles ou par ruse, menace ou abus d'autorité, est tenu de réparer le dommage qu'elle a souffert et la perte de gain qu'elle a subie.* (Nov. III, art. 166.)

Partant de l'idée que tout rapport sexuel en dehors du mariage ne pouvait être traité par la loi comme contraire au droit, le texte nouveau met comme condition au devoir de réparation le concubinage, auquel la femme séduite aurait été amenée. Les moyens de séduction condamnés sont ceux de l'article 865 du Code allemand : ruse, menace, abus d'autorité, et en général tous agissements coupables.

Quant à l'étendue de la réparation, elle n'est ni supérieure ni inférieure à la normale : elle est du dommage souffert et du gain perdu. Pour l'exprimer, on évita les mots « pleine satisfaction », craignant que leur interprétation ne conduise à inclure le dommage

moral, l'atteinte à l'honneur, comme élément dans la détermination de la réparation. La commission (à l'encontre du code allemand, art. 847) considéra que la part de la femme dans l'établissement du concubinage est difficile à préciser; que l'estimation de l'atteinte à l'honneur est hautement hasardeuse; que l'on imagine mal un cas où la femme séduite n'insisterait pas sur le tort fait à sa réputation, si peu justifiée que puisse être cette prétention. Il faut d'ailleurs observer que si le dommage matériel seul doit être réparé, il est permis pour son évaluation d'invoquer l'article 1326 (43).

III. — Atteinte à la liberté

Art. 1329. — Celui qui prive quelqu'un de sa liberté par un enlèvement commis à l'aide de violence par une séquestration privée ou avec préméditation, par une arrestation illégale, est tenu de rendre la liberté à celui qui a été lésé et de lui donner des dommages-intérêts. S'il ne peut plus lui rendre la liberté, il doit des indemnités à ceux que l'incarcéré laisse derrière lui, comme en cas de mort. (Nov. III, art. 167.)

Le texte a été mis en harmonie avec celui de l'article 1327.

IV. — Concurrence déloyale

Art. 1330. — Celui qui éprouve réellement un dommage ou un manque à gagner par suite d'atteinte portée à son honneur est en droit d'en réclamer la réparation.

Cette disposition s'applique aussi lorsque quelqu'un répand des faits qui mettent en danger le crédit,

(43) Article 1326. — Si la personne blessée a été rendue difforme par suite de mauvais traitements, cette circonstance devra être prise en considération surtout s'il s'agit d'une femme, en tant qu'il en résulterait un obstacle à son établissement à venir.

les gains et la prospérité d'autrui, et dont l'inexactitude lui était ou devait lui être connue. En pareil cas, l'on peut aussi réclamer le désaveu et sa publicité. La responsabilité n'est pas engagée par une communication non publique, dont l'inexactitude est ignorée de l'informateur, lorsque l'informateur ou l'informé y avait un intérêt légitime. (Nov. III, art. 168.)

L'ancien article, qui se bornait au premier alinéa, ne parlait pas de « réparation », mais de « pleine satisfaction ». L'obligation apparaît donc moins étendue aujourd'hui, ou plutôt cette rédaction nouvelle fait mieux ressortir que cette réparation n'est due que pour le dommage matériel, et nullement pour l'atteinte même à l'honneur. L'estimation en argent des sentiments est ici, comme dans l'article 1328, repoussée. Le projet de 1912, dans l'al. 2, limitait la responsabilité pour le dommage causé par des propos malveillants au seul cas où le coupable avançait sciemment des faits inexacts, parce que l'on croyait voir dans une responsabilité fondée sur la seule négligence un grave danger pour les rapports d'affaires et, en particulier, pour les bureaux d'informations. Si nécessaire que soit la protection de ces organisations, indispensables à la vie économique actuelle, elle ne devait cependant pas aller jusqu'à renoncer à toute responsabilité pour la propagation imprévoyante de rumeurs qui pourraient nuire au crédit, au gain, à la prospérité d'autrui. Celui qui répand une nouvelle, propre à causer à autrui un grave préjudice, doit avoir la certitude que, si elle est controuvée, il sera responsable. L'habituelle réserve même, que l'on ne fait que répéter un propos sans se porter garant de son exactitude, n'exclut pas la responsabilité, lorsqu'il y a faute à négliger de la vérifier. Une communication confidentielle, au contraire, est permise sans plus de vérification, lorsque celui qui la fait n'en connaît pas la fausseté et qu'il avait (ou son interlocuteur) un intérêt légitime à cette communication.

Cette disposition protège les bureaux d'informations autant que les simples particuliers et tient compte de la nécessité qu'il peut y avoir souvent à rapporter toutes les informations, même défavorables, que l'on a pu recueillir de tierces personnes (cf. art. 824 du Code allemand.)

— De la peine conventionnelle.

La place d'une disposition relative à la peine conventionnelle serait plutôt parmi les dispositions générales sur les contrats. Mais la revision a respecté celle que lui avait donnée le code de 1811. La modification au texte a eu pour but de préciser les cas dans lesquels la peine conventionnelle peut être réclamée en même temps que l'exécution.

Art. 1336. — Les parties contractantes peuvent stipuler spécialement que, dans le cas où la promesse n'aurait pas été remplie ou ne l'aurait été que d'une manière imparfaite ou trop tardive, une certaine somme d'argent ou autre valeur sera payée à titre de dédommagement. Le débiteur, à moins de disposition particulière, n'a pas le droit de se libérer de l'exécution par le paiement de la peine conventionnelle. *Si cette peine a été promise pour l'inobservance du délai ou du lieu d'exécution, on peut la réclamer en même temps que l'exécution.*

Dans tous les cas, la peine conventionnelle pourra, si le débiteur prouve qu'elle est excessive, être modérée par le juge après expertise, s'il y a lieu. (Nov. III, art. 169.)

Stubenrauch définit la peine conventionnelle : l'équivalent de l'intérêt que le débiteur reconnaît au créancier à l'exécution de la prestation ou à son exé-

cution au lieu et temps stipulés. C'est là un des accessoires, dont parle l'article 912 (44).

Les difficultés de l'ancien texte venaient de la dernière phrase : « le paiement de la peine convenue ne dispense pas, à moins d'une stipulation particulière, de l'exécution du contrat ». Cette idée est exprimée à nouveau dans le texte actuel qui, de plus, écarte, (contrairement au code allemand, art. 340) le libre choix par le créancier entre l'exécution ou la peine stipulée. Celle-ci étant une réparation pour l'inexécution, il y a lieu d'appliquer ici les article 918 à 921. Mais la phrase finale de l'ancien article laissait dans le doute la possibilité de prétendre à la fois à l'exécution et à la peine conventionnelle. Le texte actuel dissipe ce doute et adopte une solution semblable à celle des articles 341 du code allemand et 160 du code suisse des obligations : si la peine est stipulée pour l'inexécution, le cumul est impossible; si au contraire elle ne vise que les modalités de l'exécution, il est admis.

Observons enfin que le droit de contrôle du juge sur le montant de la peine a été étendu par la jurisprudence aux opérations commerciales, dans l'interprétation qu'elle donne de l'article 284 du code de commerce.

Afin de permettre d'embrasser l'ensemble de la réforme introduite en matière de réparation du dommage par la revision du code, nous rappelons les textes dans lesquels un droit à réparation a été reconnu :

1. — Article 43, relatif à la protection du nom;

(44) Article 912. — Le créancier est quelquefois autorisé à réclamer de son débiteur des accessoires en outre de la dette principale. Ces accessoires consistent dans l'accroissement et dans les fruits de la chose principale, dans des intérêts convenus et dans les intérêts dûs pour le retard, dans une indemnité à raison du dommage souffert ou à raison du profit dont l'autre partie a été privée par l'exécution imparfaite du contrat, enfin dans les sommes qu'une partie a stipulées en sa faveur dans cette hypothèse.

2. — Article 248, relatif à la responsabilité du mineur pubère;

3. — Articles 364, 364*a*, 364*b*, relatifs aux droits naissant du voisinage;

4. — Article 471, relatif au droit de rétention;

5. — Nombre de dispositions dans le chapitre relatif aux généralités sur les contrats : articles 878, 895, 918, 920, 921;

6. — Parmi les contrats nommés :

Les articles 970 *a*, *b*, *c*, sur la responsabilité des hôteliers; l'article 1097 sur l'obligation du locataire de signaler les réparations nécessaires; les articles 1162, *a*, *b*, *c*, relatifs à la rupture prématurée du contrat de services; l'article 1168, sur la perte de temps subie au cours de l'exécution de l'ouvrage; l'article 1168*a*, sur la non-réussite de l'ouvrage à cause de la mauvaise qualité de la matière fournie; l'article 1173, relatif au contrat d'édition.

TROISIEME PARTIE

DES DISPOSITIONS COMMUNES AUX DROITS PERSONNELS ET AUX DROITS REELS

CHAPITRE I. — *De la consolidation des droits et des obligations*

— Des modes de consolidation.

Nous avons ici la seconde exception au principe de liberté dans la forme des contrats que pose l'article 883. La première était celle de l'article 1278.

Art. 1346. — Celui qui s'oblige à payer le créancier, au cas où le premier débiteur ne remplirait pas ses engagements, est appelé caution, et la convention formée entre lui et le créancier s'appelle contrat de cautionnement. Dans ce cas, le débiteur primitif demeure toujours le débiteur principal et la caution n'intervient que comme débiteur accessoire.

Pour la validité du contrat de cautionnement, il est requis que la déclaration d'engagement de la caution soit faite par écrit. (Nov. III, art. 97.)

La prescription de l'article 1346 vaut également pour la personne qui s'est portée caution à titre de « débiteur pour son compte ». Elle tend à empêcher les cautionnements inconsidérés, sans qu'elle soit une restriction gênante dans les affaires, puisqu'en vertu

de l'article 317 du Code de commerce, elle ne s'applique pas au domaine commercial. De plus, elle n'est requise que pour la déclaration, et non pour l'acceptation de cette déclaration (cf. art. 766, C. C. allemand; art. 493 du Code suisse des obligations). La reprise de dette n'est soumise à aucune forme, l'expérience ayant prouvé qu'il est plus rare de reprendre une dette à la légère que d'en cautionner une.

— De l'effet du cautionnement.

Le recours de celui qui paye la dette d'autrui était réglé par le code en deux endroits : article 1358 et articles 1422. Le rapport de ces deux articles avait suscité de nombreuses controverses. M. von Schey avait démontré (45) qu'il n'existait pas de véritable antinomie entre eux. L'article 1358 suppose le paiement d'une dette personnelle en apparence, mais dette d'autrui en fait; ce paiement entraîne la subrogation de plein droit (cf. art. 1251 C. C. français). L'article 1422 suppose le paiement d'une dette d'autrui, en apparence et en fait; en ce cas, celui qui paye peut prétendre à la subrogation conventionnelle (art. 1250 C. C. français). Une revision de l'article 1358 n'eût peut-être pas été nécessaire, si la réglementation sur le droit de disposition du propriétaire sur l'hypothèque (art. 469a, 470 et suivants) ne rendait nécessaire de mettre en relief que la subrogation de plein droit a lieu, non seulement pour la caution, mais encore pour celui qui répond de la dette personnelle d'autrui sur un élément déterminé de son patrimoine (débiteur hypothécaire), d'où le texte actuel :

Art. 1358. — Celui qui acquitte la dette d'autrui — *pour laquelle il est tenu personnellement ou sur certains éléments de son patrimoine* — est subrogé dans

(45) Regressrecht bei Bezahlung fremder Schulden nach dem A.B.G.B., par Dr. J. von Schey (1891.)

les droits du créancier et peut exiger du débiteur le remboursement de la dette qu'il a payée. A cette fin, le créancier désintéressé est tenu de livrer à celui qui a payé tous les titres et sûretés dont il est en possession. (Ancien article 1442.) (Nov. III, art. 171.)

CHAPITRE II. — *De la modification des droits et des obligations*

Les dispositions nouvelles réglant l'assignation et la reprise de dette répondaient à une nécessité ressentie depuis longtemps. Car les anciens articles 1400 à 1410 présentaient le vice essentiel d'avoir mêlé en leurs prescriptions l'assignation, la reprise de dette et la novation. La réforme évidente était tout d'abord de traiter ces institutions séparément. A strictement parler, seule la reprise de dette relève vraiment de ce chapitre, alors que l'assignation serait mieux à sa place soit parmi les dispositions générales sur les contrats, soit dans le titre du paiement. Toutefois l'inconvénient étant mince, et pour ne pas rompre avec les habitudes des juristes autrichiens, on résolut de conserver aux articles 1400 à 1403 le soin de régler l'assignation, à laquelle on laisse son nom traditionnel aussi d' « Anweisung ».

— De l'assignation.

Article 1400. — *Par l'assignation de la prestation d'un tiers, celui à qui est faite l'assignation (assignataire) a le pouvoir de recevoir la prestation de l'assigné, comme ce dernier a celui de la lui faire pour le compte de l'assignant. L'assignataire n'a de droit direct contre l'assigné, que lorsque la déclaration d'acceptation de l'assignation par l'assigné lui est parvenue.* (Nov. III, art. 176).

Article 1401. — Pour autant que l'assigné doive déjà la prestation à l'assignant, il est tenu de la faire conformément à l'assignation. Lorsque l'assignation acceptée par l'assignataire, doit éteindre une dette que l'assignant avait à son égard, l'assignataire est tenu de sommer l'assigné d'exécuter la prestation.

Si l'assignataire ne veut faire aucun usage de l'assignation, ou si l'assigné refuse l'acceptation ou la prestation, l'assignataire est tenu d'en aviser l'assignant sans délai.

L'extinction de la dette n'a lieu, sauf convention contraire, que par la prestation. (Nov. III, art. 177).

Article 1402. — Si l'assigné a accepté l'assignation à l'égard de l'assignataire, il ne pourra lui opposer que les exceptions qui ont trait à la validité de l'acceptation ou qui résultent du contenu de l'assignation ou de ses rapports personnels avec l'assignataire. (Nov. III, art. 178).

Article 1403. — Tant que l'assigné n'a pas accepté l'assignation à l'égard de l'assignataire, l'assignant peut la révoquer. S'il n'existe pas d'autre situation juridique entre l'assignant et l'assigné, on applique à leurs rapports les règles du mandat; l'assignation ne s'éteint cependant pas par la mort de l'assignant ou de l'assigné. Quant à l'effet de la révocation à l'égard de l'assignataire, il se détermine d'après le rapport juridique existant entre lui et l'assignant. L'action de l'assignataire contre l'assigné se prescrit par trois ans. (Nov. III, art. 179).

L'article 1400 caractérise la situation par un double pouvoir : celui de l'assigné de faire la prestation au bénéfice d'un tiers, celui de ce tiers de recevoir cette prestation, le tout pour le compte de l'assignant, c'est-à-dire avec cet effet que l'exécution de la prestation réalise à la fois un but d'affaires entre l'assignant et l'assigné et entre l'assignant et l'assignataire. La nature de cette prestation peut varier, sans qu'elle soit limi-

lée aux « valeurs mobilières » ou « autres choses fongibles », comme le veulent les articles 783 du code allemand et 466 du code suisse des obligations. Il peut y avoir, bien que plus rarement, des assignations dont l'objet n'est pas une chose fongible. La fongibilité n'a d'importance que pour la négociabilité de l'assignation, qui n'est pas la règle dans le domaine du droit civil.

Le texte nouveau, suivant la loi suisse et contrairement à la loi allemande, n'impose pas la forme écrite à l'assignation. Sans doute sera-t-elle la forme habituelle, mais il peut se produire des cas d'assignation verbale, que le code civil n'avait aucune raison de ne pas reconnaître. L'assignation écrite a, par ailleurs, cette particularité étudiée par la législation commerciale. Si la plupart des dispositions du Code civil visent aussi l'assignation écrite, du moins la possibilité de les appliquer à l'assignation verbale, n'est-elle pas exclue. Et la dernière phrase de l'article 1400 en est un exemple, qui est emprunté à l'article 784 du Code allemand, mais modifiée de façon à permettre son application à l'assignation non écrite.

L'assignation, comme telle, ne s'impose ni à l'assigné, ni à l'assignataire. Mais l'article 1401 énonce une exception à cette règle : si l'assigné est déjà le débiteur de l'assignant, il ne lui est pas permis de refuser d'accepter l'assignation. L'ancien article 1408 disait que l'assignation valait cession : l'assignataire, comme cessionnaire, ne pouvait plus poursuivre la prestation en vertu du titre indépendant que lui donnait l'acceptation de l'assignation, mais seulement en vertu du rapport obligatoire qui existait entre l'assignant et l'assigné, auquel ce dernier pouvait se soustraire en invoquant toutes exceptions qu'il aurait pu soulever contre l'assignant. Si la situation du débiteur n'était en rien modifiée, celle de l'assignataire au contraire risquait souvent d'être aggravée, s'il acquiesçait à l'arrangement. La formule de l'article 1408 devait donc être rejetée.

L'article 1401 exprime l'idée que le débiteur assigné a, s'il est de bonne foi, le devoir à l'égard de l'assignant d'accepter une assignation, qui n'exige de lui aucune obligation supplémentaire. Mais ce devoir ne peut exister que dans la mesure où le débiteur est déjà tenu de prêter (cf. art. 468, al. 2 du code suisse des obligations; contra article 787, al. 2 C.C. allemand).

Le but que réalise l'assignation entre l'assignant et l'assignataire peut être, soit l'accomplissement d'un acte de pure générosité, soit l'extinction d'une dette. L'ancienne réglementation n'avait jamais en vue que le deuxième cas et créait avec la reprise de dette une confusion qui a disparu aujourd'hui. L'article 1401 prévoit spécialement ce deuxième cas : puisque l'assignation peut être caractérisée par le « pouvoir » de l'assignataire de recevoir la prestation, il peut paraître discutable de lui imposer l'obligation d'exiger de l'assigné l'exécution de ces prestations; mais, c'était répondre à une claire conception des rapports d'affaires que de vouloir qu'il cherchât d'abord satisfaction auprès de l'assigné, en supposant bien entendu qu'il ait auparavant acquiescé à l'assignation. Mais qu'il s'agisse du premier cas (donation) ou du deuxième (extinction d'une dette), un devoir pèse sur l'assignataire : avertir sans délai l'assignant, s'il ne veut pas faire usage de l'assignation ou si l'assigné refuse de l'accepter (cf. ancien art. 1405; art. 789 C.C. allemand).

Les mots « sauf convention contraire », ont été ajoutés dans le troisième alinéa de l'article 1401 par la troisième nouvelle. Cet alinéa vise le cas où l'assigné n'a pas encore accepté l'assignation (le cas contraire est examiné par l'art. 1402). Il énonce la règle : l'assignation ne vaut pas paiement. Mais comme il peut se faire que l'assignataire, à qui l'assignant doit une prestation, déclare accepter l'assignation en guise de paiement quel que soit son résultat, on jugea opportun de faire l'addition que nous venons de signaler.

L'article 1402 indique les effets de l'acceptation entre l'assigné et l'assignataire d'après l'exemple des articles 784 du code allemand et 468 al. 1 du code suisse des obligations : obligation de prester, indépendamment du lien juridique entre assigné et assignant, entre assignant et assignataire. Quant à savoir si l'assignation, acceptée de l'assigné, vaut paiement à l'égard de l'assignant l'article laisse la question ouverte : la réponse dépend de l'intention des parties telle qu'elle s'est exprimée dans l'acceptation.

L'article 1403 règle la question de la révocation de l'assignation. Il faut distinguer : a) l'effet de la révocation à l'égard de l'assigné. Si celui-ci prestait, en dépit de la révocation, il n'agirait plus pour le compte de l'assignant, si du moins il n'avait pas déjà accepté à l'égard de l'assignataire. Pour cette question, comme pour toutes les autres conséquences inter partes, les règles auxquelles est soumis le rapport existant entre l'assignant et l'assigné sont décisives. A défaut d'autre rapport, on appliquera les règles du mandat. Mais ici la troisième novelle crut nécessaire d'apporter une modification au texte du projet gouvernemental. Le mandat, rapport qui sous-entend une grande confiance réciproque, prend fin par la mort du mandant et du mandataire. Cette règle était inacceptable en matière d'assignation, qui établit essentiellement un rapport de patrimoine à patrimoine, susceptible de passer aux héritiers. Il fallait donc l'écarter comme d'ailleurs on l'avait écartée déjà dans la législation sur le chèque.

b) La révocation devient impossible à l'égard de l'assignataire du moment où, par l'acceptation de l'assigné, il a acquis contre lui une prétention directe. Quant à savoir si, avant ce moment, la révocation est admise, la réponse sera donnée par la nature du rapport entre assignant et assignataire. Si ce rapport rend l'assignation irrévocable, elle reste telle, alors même que la révocation aurait effet entre l'assignant et l'assigné; de même que sa révocabilité empêche l'assigna-

taire de recevoir la prestation de l'assigné, même si, entre ce dernier et l'assignant, l'assignation est irrévocable (cf, article 790 C.C. allemand).

La courte prescription de trois ans se fonde sur le caractère abstrait de l'obligation née de l'assignation, et ne vise que la prétention de l'assignataire contre l'assigné.

— De la reprise de dette .

La reprise de dette comprend dans son sens large, diverses situations. Elle peut avoir été convenue :

1. — avec le débiteur antérieur : *a)* afin de le mettre à l'abri de toute prétention du créancier à l'exécution de la prestation — reprise d'exécution (art. 1404); *b)* afin de substituer un débiteur nouveau en ses lieu et place — reprise de dette au sens étroit (art. 1405);

2. — avec le créancier : *a)* afin de se lier aux côtés du débiteur antérieur — reprise de dette cumulative (art. 1406, al. 2); *b)* afin de se lier en lieu et place du débiteur antérieur — reprise de dette au sens étroit (cf. 1b; art. 1406, al. 1); *c)* afin de substituer un rapport obligatoire nouveau au rapport antérieur — reprise avec effet novatoire (art. 1410).

Il faut ajouter quelques dispositions énonçant les effets de la reprise de dette; et enfin l'examen de deux hypothèses importantes : la reprise d'une hypothèque au moment de la vente d'un immeuble (art. 1408), la reprise du passif d'un patrimoine (art. 1409).

I. — DE LA REPRISE D'EXÉCUTION

Art. 1404. — *Celui qui promet à un débiteur d'exécuter la prestation que celui-ci doit à son créancier prend l'engagement que le créancier ne poursuivra pas le débiteur. Le créancier n'acquiert par là aucun droit direct.* (Nov. III, art. 181).

Ce contrat, par lequel un tiers s'engage à l'égard du débiteur de reprendre à sa charge l'exécution de la prestation, se distingue de l'assignation, comme de la

reprise de dette au sens étroit, en ce que la déclaration n'est pas émise envers le créancier et que l'acquiescement de celui-ci n'est pas requis. Le créancier dont les droits ne sont pas atteints ne peut d'ailleurs refuser le paiement par un tiers (article 1422). Alors que l'assignation vise à obtenir l'exécution spécifique par l'assignataire, la reprise d'exécution apparaît surtout comme une assurance du débiteur contre toute poursuite du créancier; si le reprenant est à même d'atteindre ce résultat par quelque autre moyen, il est autorisé à en user : il pourrait par exemple convenir d'une reprise de la dette (au sens étroit) avec le créancier, et le contrat avec le débiteur pourrait prévoir cette éventualité.

La reprise d'exécution n'ayant pas nécessairement en vue la prestation mais bien la protection du débiteur contre toute poursuite par tel moyen que le reprenant jugera efficace, elle ne peut former un contrat au profit d'un tiers (le créancier), au rebours de l'assignation (voir art. 1400, phrase finale). D'où la règle qui clôt l'article 1404. Cette règle cependant n'exclut pas la possibilité pour le débiteur de stipuler que le reprenant est tenu de le libérer par l'exécution spécifique de la prestation, et de faire naître ainsi un droit direct du créancier, conformément aux dispositions de l'article 881 sur les contrats au profit de tiers (cf. art. 329 C.C. allemand). Pareille stipulation permettra aussi au débiteur d'exiger du reprenant qu'il exécute au profit du tiers créancier; car pareille action serait mal justifiée par le seul article 1404 : la reprise d'exécution visant à protéger le débiteur contre toute poursuite, et non à l'exécution spécifique, tant que pareille poursuite n'est pas engagée, le débiteur n'a aucun fondement à son action. Il faut donc qu'il se mette sous l'application de l'article 881, s'il veut seconder l'inertie ou le mauvais vouloir du reprenant (46).

(46) Die Uebnahme von Hypothekenschulden nach der dritten Teilnovelle zum A.B.G.B. par Dr. L. Spitzer dans *Gerichtshalle*, 1917, N° 13.

II. — DE LA REPRISE DE DETTE AU SENS ÉTROIT

Art. 1405. — *Celui qui déclare à un débiteur reprendre sa dette, prend sa place si le créancier y consent. Jusqu'à ce consentement ou s'il est refusé il est tenu comme en cas de reprise d'exécution (art. 1404). Le consentement du créancier peut être signifié au débiteur ou au reprenant. (Nov. III, art. 182.)*

La reprise de dette, au sens étroit, ne vise pas seulement la responsabilité pour la libération du débiteur, mais elle réalise : « la modification de l'obligation, avec l'intervention d'un nouveau débiteur », selon les termes de l'article 1375 (47). Pareille modification requiert évidemment le consentement du créancier. Par conséquent, si le contrat entre le débiteur et le reprenant a pour effet de substituer celui-ci à celui-là, il est soumis à la condition (légale) de l'accord du créancier, qu'il soit donné à l'une ou à l'autre partie. Il est dans l'esprit de cette institution que, si cet accord n'a pas encore été ou ne peut être obtenu, le tiers qui s'est obligé à reprendre la dette puisse libérer le débiteur par un autre moyen et soit tenu comme s'il y avait eu en fait reprise de l'exécution. Mais est-il possible aussi de passer de la reprise d'exécution à la reprise de dette ? La question a son importance : si l'on répond négativement, du moins celui qui a repris l'exécution peut-il convenir d'une reprise de dette avec le créancier (voir plus haut), ce qui donne naissance à un contrat indépendant soumis à son entière volonté. Alors que s'il s'agissait d'une reprise de dette conclue avec le débiteur (art. 1405), aucune intervention juridique

(47) Article 1375. — Il dépend de la volonté du créancier et du débiteur de modifier leurs droits et leurs obligations conventionnelles réciproques. Cette modification peut avoir lieu avec ou sans l'intervention d'une tierce personne, soit comme nouveau débiteur, soit comme nouveau créancier.

supplémentaire du reprenant ne serait requise pour qu'il soit tenu (peut-être à son insu) à l'égard du créancier, qui aurait fait connaître son accord au débiteur. L'effet de la reprise de dette est donc plus sérieux pour les intérêts du reprenant que celui de la reprise d'exécutive que l'on se prononcera.

III. — DE LA REPRISE DE DETTE CUMULATIVE

Art. 1406. — *Même sans l'accord du débiteur, un tiers peut reprendre la dette par contrat conclu avec le créancier. En cas de doute toutefois la reprise déclarée au créancier sera considérée comme un engagement pris aux côtés de l'ancien débiteur et non à sa place.* (Nov. III, art. 183.)

Une reprise de dette, dans le sens et avec les effets de l'article 1405, peut avoir lieu par un contrat conclu entre le créancier et le reprenant. La déclaration de celui-ci sera la même. Mais l'assentiment du débiteur est superflu puisqu'il est dans le pouvoir du créancier de libérer son débiteur, sans même lui en substituer un autre. C'est là théoriquement, la forme la plus pure de la reprise de dette, et c'est par elle qu'avec justesse commence la section du code allemand relative à cette institution (art. 414 C.C. allemand). Mais en pratique les difficultés surgissent presque toujours à l'occasion de la reprise conclue avec le débiteur.

Le seul point qui mérite une attention spéciale, est le suivant : le créancier qui conclut un contrat de reprise, a certainement intérêt à s'assurer l'obligation du nouveau débiteur; il n'en a pas à renoncer à celle de l'ancien. En cas de doute, par conséquent, on admet que le créancier s'est borné à reconnaître un nouvel obligé aux côtés de l'obligé antérieur (reprise de dette cumulative). Cette règle d'interprétation qu'énonce la loi évitera tout malentendu. Quant à régler en détail

cette situation, la chose parut inutile en présence des articles 1347 et 1344 (48). Ces articles distinguent trois conventions possibles entre le créancier et un tiers : 1— reprise de dette au sens étroit; 2— reprise de dette cumulative; 3— cautionnement. La distinction entre la reprise de dette cumulative et le cautionnement a pris un intérêt particulier depuis que l'article 1346 exige pour ce dernier contrat une forme que la loi n'exige pas pour le premier. La reprise de dette cumulative ne crée pas une simple obligation accessoire; elle est une des situations visées par l'article 1347. Si une convention, qui revêt l'apparence d'une reprise de dette, cache en fait un contrat de cautionnement, elle sera traitée comme telle (art. 916) et requerra l'écrit. Ce qui impose au juge le devoir d'interpréter le contrat et de décider de sa nature d'après des signes caractéristiques. La jurisprudence allemande voit un de ces signes dans le fait que le reprenant est légalement et commercialement intéressé au rapport existant, tandis que la caution lui est matériellement étrangère.

Il faut ajouter qu'il ne sera pratiquement possible de maquiller en reprise de dette un cautionnement qu'en usant de formules prudentes et précises, qui ne sont concevables que par écrit — ce qui fait perdre tout intérêt à la simulation.

(48) Art. 1347. — Lorsqu'une personne accède à une obligation comme co-débiteur, sans la réserve de l'obligation du débiteur principal qui existe de droit au profit du garant, il se forme une communauté de plusieurs co-débiteurs, dont les conséquences doivent être appréciées d'après les dispositions du chapitre relatif aux contrats en général (art. 888-896).

Art. 1344. — Un tiers peut s'engager envers le créancier pour le débiteur de trois manières : 1 — en se chargeant, avec le consentement du créancier, d'acquitter la dette comme payeur unique ; 2 — en accédant à l'obligation comme co-débiteur ; 3 — en s'obligeant à payer le créancier au cas où le premier débiteur ne remplirait pas son obligation.

IV. — DES EFFETS DE LA REPRISE DE DETTE

Art. 1407. — *Les obligations de celui qui a repris une dette sont celles de l'ancien débiteur au point de vue de cette dette. Celui qui a repris une dette peut opposer au créancier les exceptions nées du rapport juridique entre ce dernier et l'ancien débiteur.* -

Les accessoires de la créance ne sont pas atteints par le changement de débiteur. Les cautionnements et les sûretés réelles fournies par des tiers subsistent seulement, lorsque les cautions et les tiers ont acquiescé au changement de débiteur. (Nov. III, art. 184).

Les dispositions de cet article sont conçues du point de vue de la « théorie de la succession » (succession à titre particulier dans le rapport de dette), qui était très généralement admise jusqu'à ce que des controverses récentes la remissent en question (49). Mais le code donna moins cette théorie comme fondement de ses solutions que comme une explication, satisfaisante dans son ensemble, des effets juridiques de l'institution, que les nécessités pratiques ont imposé à la loi. Le changement de débiteur doit autant qu'il se peut, laisser sans altération le rapport obligatoire, de même que tout changement de créancier (art. 1394) (50). Le fondement juridique de l'obligation est pour le débiteur nouveau ce qu'il était pour l'ancien; mêmes modalités de temps et de lieu; mêmes prescriptions, en observant que la reprise de dette constituera toujours une interruption de la prescription en cours. Il ne serait même pas nécessaire de mentionner les exceptions, comme le fait l'article, si ce n'était là pratiquement le point le

(49) Dr. Strohal. — Die Schuldübernahme.

O. Gierke. — Festschrift fr v. Martitz (1911), p. 33 et sq.

Knocke. — Iherings Jahrb. LX, p. 407 et sq.

(50) Article 1394. — Les droits du cessionnaire par rapport à la créance sont les mêmes que ceux du cédant.

plus important et qu'il convenait d'éviter ici toute hésitation. Il était inutile d'ajouter comme l'article 417 C. C. allemand : « Il (le reprenant) ne peut faire compensation d'une créance qui appartiendrait au précédent débiteur », car c'est là un rapport auquel le reprenant est entièrement étranger.

La seconde conséquence de la continuation du rapport ancien est le maintien des accessoires de la créance. Mais on ne saurait, par un accord entre créancier, débiteur et reprenant, modifier la situation de tiers; d'où la nécessité de leur assentiment à l'opération.

Il n'est pas justifié sans doute de considérer, comme dans l'article 418 du code allemand, qu'en cas de doute il y a renonciation aux accessoires. Cela ne serait vrai que dans un cas : le débiteur, qui a fourni lui-même une hypothèque, et dont un tiers reprend la dette sans son intervention, ne peut être présumé transporter cette garantie réelle sur la dette personnelle de ce tiers. Mais c'est là un cas fort rare. Et la rédaction de l'article 1407 permet d'ailleurs au juge d'atteindre le résultat que réclame la pratique.

Quant au droit de préférence attaché à la créance dans le cas de faillite, au rebours de l'article 418, al. 2 du code allemand, il résulte du principe posé par l'article 1407 qu'il peut subsister et être exercé si la faillite du reprenant était prononcée. Ce qui n'exclut pas la possibilité de rechercher la nature de ce droit de préférence et, d'après celle-ci, de le refuser éventuellement au créancier contre un autre débiteur.

V. — DE LA REPRISE DES HYPOTHÈQUES

Art. 1408. — *En cas de vente d'un immeuble, si l'acquéreur prend à sa charge une hypothèque qui le grève, cette reprise, s'il y a doute, sera considérée comme une reprise de dette. L'aliénateur peut, après transfert de la propriété, inviter le créancier à accepter le nouveau débiteur en ses lieu et place, avec cet effet*

que le consentement sera censé accordé, s'il n'est pas refusé dans les six mois. L'invitation écrite doit mentionner expressément cet effet. (Nov. III, art. 185).

L'acquéreur d'un immeuble établit souvent son prix de manière à reprendre les charges hypothécaires qui pèsent sur lui. Le contrat prévoit en ce cas que l'acquéreur reprend à son compte, personnel et unique, le remboursement de la charge et s'engage à tenir l'aliénateur libre de toutes poursuites. Il en résulte la situation suivante : l'acquéreur, aussitôt qu'il est devenu propriétaire, est soumis à une responsabilité *réelle*, alors que la responsabilité *personnelle* de l'aliénateur continue d'exister. Les deux responsabilités co-existent sans se confondre. Situation critiquable au point de vue de la meilleure utilisation du crédit, et non sans danger pour l'aliénateur qui continue d'être tenu, bien que l'existence de la charge soit intervenue dans la détermination du prix. La solution se trouvait nécessairement dans l'admission d'une véritable reprise de dette, qui ferait peser sur l'acquéreur à la fois les responsabilités réelle et personnelle. La règle de l'article 1408 est conforme à ce point de vue : en cas de doute, la reprise de l'hypothèque entraîne reprise de la dette. Mais pour que celle-ci soit parfaite, il faut qu'elle ait l'assentiment du créancier. Pour faciliter ce consentement, il est prévu que l'aliénateur peut inviter le créancier à accepter le débiteur nouveau et que son silence vaudra acquiescement. Mais cet effet du silence, pour n'être pas abusif, devait être entouré de précautions. L'invitation doit être faite par écrit, émaner de l'aliénateur, rappeler l'effet du silence, et n'être envoyée qu'après le transfert de la propriété (par tradition ou par inscription au livre foncier).

Le texte omet intentionnellement de dire qu'en cas de refus de consentement de la part du créancier, la reprise de dette ne se réalise pas, afin d'éviter que l'on en déduise qu'entre l'acquéreur et l'aliénateur

l'opération est aussi sans effet. Entre ceux-ci, il y a simple reprise d'exécution, selon l'article 1405. Et il en est de même avant que le créancier ait consenti.

— De la reprise d'un patrimoine.

Art. 1409. — *Si quelqu'un reprend un patrimoine ou une entreprise, il est, sans préjudice de la responsabilité continuée de l'aliénateur, directement tenu à l'égard des créanciers, pour les dettes du patrimoine ou de l'entreprise, qu'il connaissait ou devait connaître au moment de la délivrance. Sa responsabilité cesse lorsqu'il a acquitté ces dettes pour une valeur égale à celle du patrimoine ou de l'entreprise qu'il a repris.*

Des conventions contraires entre les parties, au préjudice des créanciers, sont sans effet à l'égard de ceux-ci. (Nov. III, art. 186).

La troisième novelle a introduit dans le texte du projet de 1912 une modification importante. Le projet gouvernemental, comme celui de la Chambre des Seigneurs, n'avait voulu régler la question que par des dispositions de valeur exemplative, et seulement dans la mesure où la reprise du passif était communiquée aux créanciers ou révélée publiquement. Pareille réglementation de la responsabilité n'aurait donné que peu de chose aux créanciers du débiteur, car il eut été facile au reprenant de l'actif de se soustraire, presque dans chaque cas, à toute reprise de responsabilité. Dès 1905, il s'était dessiné un mouvement en faveur des dispositions impératives sur la reprise des dettes d'un patrimoine. On faisait valoir que si l'on accordait du crédit à un chef d'entreprise, c'était en cette qualité, en vue de son activité dans la vie économique et de la solvabilité qui devait en résulter pour lui. Par un changement dans la personne du chef de l'entreprise, il est sans intérêt pour les créanciers que leur débiteur primitif continue d'être tenu, puisque ne sont plus entre

ses mains ces sources d'enrichissement, qui avaient cependant, au moment de la naissance de la dette, déterminé la concession du crédit. Sans qu'il y ait nécessairement là un acte de fraude, il pourrait se produire que la créance devienne impossible à recouvrer, le produit de l'aliénation de l'entreprise ayant disparu ou étant hors d'atteinte.

A côté de l'intérêt qu'ont les créanciers à la responsabilité personnelle du chef de l'entreprise, il y a encore leur intérêt au maintien de l'entreprise, qui se trouve fortifiée par la possibilité d'accorder de nouveaux crédits au reprenant. Le créancier, souvent, trouve plus de profit à la continuation de contrats de livraisons conclus avec le chef de l'entreprise qu'au paiement des dettes contractées. La clientèle y est intéressée aussi, puisque le changement dans la direction de l'entreprise ne l'empêchera pas de s'adresser pour ses besoins, avec toutes garanties, à la même firme. Ces considérations firent que l'on déclara impérativement que les dettes d'une entreprise étaient un élément constitutif du patrimoine repris.

Une réglementation impérative n'était évidemment acceptable qu'avec certaines limitations et précautions, si l'on ne voulait pas rendre impossible toute vente d'une entreprise. La limitation de la responsabilité aux dettes que le reprenant connaissait ou devait connaître, au moment de la délivrance, est l'une de ces précautions. L'exemple en a été donné par le droit hongrois. Quant à l'étendue de la responsabilité, on la limite à la valeur de l'actif, ce qui correspond à la règle qui vaut en matière d'acceptation de succession sous bénéfice d'inventaire, et aussi à celle de l'article 419 du code allemand. En raison de l'importance de la question, de ses conséquences sur la vie économique, le ministère de la justice procéda, en 1911, à une enquête auprès des Chambres de commerce et d'industrie et dans les milieux d'affaires. La très grosse majorité se prononça en faveur d'une réglementation impérative,

qui s'appliquerait à toute entreprise qu'elle soit commerciale ou civile (école, clinique, cabinet d'affaires). Quant aux restrictions à cette responsabilité, ce furent celles qu'adopta la troisième novelle.

Il est évidemment loisible aux parties de décider d'une responsabilité plus étendue, convention qui aurait à l'égard des créanciers l'effet qui est reconnu à une reprise de dettes ordinaire. L'étendue limitée de la responsabilité imposée par la loi se justifie aisément par cette observation que l'adjonction d'un débiteur nouveau, qui serait tenu sur tout son patrimoine, serait pour le créancier un avantage pour lequel rien n'aurait été donné en échange. La preuve de la valeur de l'actif doit être faite par le reprenant, qui cherche à se soustraire à la poursuite du créancier.

L'époque décisive pour la connaissance des dettes, dont le reprenant est responsable, n'est pas celle où le contrat a été conclu, mais celle où ce reprenant a été mis en possession du patrimoine ou de l'entreprise.

— De la reprise de dettes avec effet novatoire.

Art. 1410. — *Si l'introduction du nouveau débiteur aux lieu et place de l'ancien est convenue de telle manière que, l'ancien rapport de droit étant éteint, il se crée une obligation du nouveau débiteur fondée sur un droit indépendant ou résultant d'une modification de l'objet principal de la créance, il y a lieu d'appliquer non les règles de la reprise de dette, mais celle de la novation (art 1377-1378). (Nov. III, art. 189).*

Il peut se produire théoriquement et pratiquement que la substitution du nouveau débiteur à l'ancien ne se fasse pas à titre de « succession à titre particulier à la dette », mais qu'elle éteigne le rapport ancien pour en créer un nouveau. Cette hypothèse était

(51) Art. 1376. — La modification sans l'intervention d'une tierce personne a lieu lorsqu'on change la base légale ou l'objet principal d'une créance, et que par conséquent l'ancienne obligation se transforme en une nouvelle.

déjà visée par l'article 1376 (51), alors que la novation par changement de débiteur l'était par l'article 1407. Le tout se trouvait sous le titre de l'assignation, ce qui avait fait douter que le code connût une reprise de dette dans le sens actuel. Il est clair aujourd'hui que l'article 1376 traite de la novation sans changement de débiteur, l'article 1404 de la reprise de dette avec « effets de succession » et l'article 1410 nouveau de la novation par changement de débiteur.

CHAPITRE III. — *De l'extinction des droits et des obligations*

Les quelques modifications apportées à ce chapitre l'ont été pour mettre ses dispositions en harmonie avec des textes révisés dans les parties précédentes du Code.

— Du paiement.

Art. 1420. — Lorsque le lieu et le mode de la prestation n'ont pas été déterminés, on appliquera les dispositions établies plus haut (art. 905). (Nov. III, article 101.)

Voir les observations sous l'article 905.

Cet article n'était pas devenu inutile, car l'article 905 vise seulement les obligations contractuelles. Mais la solution étant la même dans les autres cas, il suffisait de supprimer la deuxième phrase de l'article 1420 et de renvoyer à l'article 905.

— Du paiement avec subrogation.

Art. 1422. — Celui qui paye la dette d'autrui *pour* laquelle il n'est pas tenu (art. 1358), peut, *avant ou au moment du paiement*, réclamer du créancier la cession de ses droits; *si ceci a été fait, le paiement en-*

traîne la subrogation de la créance. (Nov. III, art. 172.)

Art. 1423. — Lorsque le paiement avec *subrogation* est offert, avec le consentement du débiteur, le créancier est tenu de l'accepter; mais dans ce cas, le créancier n'est pas responsable ni de la validité de la dette, ni de la possibilité de la recouvrer, à moins qu'il n'y ait eu dol de sa part. En général (article 462), un tiers ne peut, sans le consentement du débiteur, obliger le créancier à recevoir le paiement. (Nov. III, article 173.)

Voir observations sous l'article 1358.

La rédaction de ces articles a été modifiée de façon à faire ressortir leur rapport avec l'article 1358. Quant aux effets de ce paiement, ils sont en harmonie avec ceux énoncés dans le même article.

— Des quittances.

Art. 1426. — Celui qui a payé peut, dans tous les cas, exiger du créancier désintéressé une quittance, c'est-à-dire une preuve écrite de l'accomplissement de l'obligation. On doit insérer dans la quittance le nom du débiteur et du créancier, ainsi que le lieu, l'époque et l'objet de la dette acquittée, et cette quittance doit être signée par le créancier ou par son fondé de pouvoirs. *Les frais de la quittance, lorsqu'il n'en a pas été convenu autrement, sont à la charge du créancier.* (Nov. III, art. 174.)

La question de savoir si les frais de la quittance devaient être payés par le créancier ou par le débiteur était controversée depuis longtemps. Le texte l'impose au créancier, à l'encontre des articles 1248 du code français et 369 du code allemand. Bien que la quittance soit à l'avantage du débiteur, et que la créance se trouve par ces frais réduite (mais de façon à peine sensible), la commission voulut suivre la pratique domi-

nante, surtout pour les paiements de peu d'importance.

— De la compensation.

Art. 1440. — De même, on ne peut compenser des obligations qui ont pour objet des choses différentes, des objets déterminés et indéterminés. Les choses prises d'autorité *ou par dol*, empruntées, reçues en dépôt *ou en location*, ne peuvent en général donner lieu à *une rétention ou à une compensation*. (Nov. III, art. 153.)

Voir observations sous l'article 471.

Pour répondre à l'idée sur laquelle se fonde l'article 471, l'article 1440 devait être complété et mentionner spécialement : 1 — à côté de la compensation, la rétention; 2 — à côté des choses prises d'autorité, celles prises par dol; 3 — les choses reçues en location (cf. art. 1109).

— De la confusion.

Art. 1446. — Les droits et les obligations, qui sont inscrits dans le livre foncier, ne sont pas éteints par leur réunion, tant que la radiation n'en a pas été opérée sur le livre (art. 526). *Jusqu'à ce moment, le droit de gage inscrit peut être transféré à un tiers par le propriétaire ou par voie d'exécution forcée*. (Art. 469, 470) (Nov. III, art. 36.)

Voir les observations sous les articles 469 et suivants.

Dans les cas de réunion dans la même personne des droits de gage et de propriété sur le bien hypothéqué (transfert de la propriété par succession, vente,...; ou cession de la créance hypothécaire au propriétaire du bien qui n'est pas en même temps débiteur personnel), le droit de gage inscrit subsistait déjà d'après l'article

1446 ancien, jusqu'à sa radiation du livre foncier. Il était certain notamment (argument article 1446 et 526) (52) que le droit de gage reprenait son plein effet, si avant sa radiation la confusion des droits venait à cesser, soit par aliénation du bien, soit par cession de l'hypothèque. Dans ce sens, déjà d'après le code de 1811, il pouvait être parlé d'un droit de disposition du propriétaire sur l'hypothèque, puisque c'est au propriétaire seul qu'il appartient de demander la radiation. Mais ce que la revision met et devait mettre hors de doute, ici comme dans l'article 469, c'est que cette possibilité de transmettre l'hypothèque, en dépit de la confusion, n'était pas purement formelle, une simple conséquence du principe de la foi attachée aux inscriptions du livre foncier et opposable seulement par un cessionnaire de bonne foi, mais que c'est là un droit de disposition véritable, reconnu par la loi au « propriétaire hypothécaire ».

CHAPITRE IV. — *De la prescription et de l'usucapion*

Le code (53) définit la prescription : « la perte d'un droit qui n'a pas été exercé pendant un certain espace de temps déterminé par la loi. » (art. 1451). Cette définition, qui n'a pas été révisée, est assurément

(52) Art. 526. — Lorsque la propriété du fonds servant et du fonds dominant vient à être réunie dans la même personne, la servitude cesse de plein droit. Mais si, par la suite, l'un des deux fonds ainsi réunis est aliéné de nouveau, sans que dans l'intervalle la servitude ait été rayée dans le livre foncier, le nouveau possesseur du fonds dominant est en droit de revendiquer l'exercice de la servitude.

(53) — Die Verjährung nach der III Teilnovelle zum A.B.G.B. par Dr. M. Sternberg dans Gerichtshalle 1916, N^{os} 14 et 15.

— Die Verjährung nach der III Teilnovelle zum A.B.G.B. par Dr. H. Scharfmesser, dans Gerichtshalle 1917, N^o 16.

trop étroite. Il y a dans la loi de nombreuses dispositions, qui lient la perte d'un droit à l'écoulement d'un délai et pour lesquelles la notion de prescription ne convient pas : ce sont les délais de forclusion des articles 156-159, 933, 967, 1111. Une différenciation nette dans le code de ces deux sortes de délais eut été bien accueillie. Leurs effets ne sont pas les mêmes : à l'opposé de la règle admise pour les délais de prescription, il n'y a pas de suspension possible pour les délais de forclusion, mais les parties peuvent en revanche les prolonger par convention; la forclusion peut être soulevée d'office, ce qui ne se peut pas pour la prescription.

Krainz définit la prescription : La transformation de la situation de fait, d'exercice ou de non exercice du droit, en une situation de droit, d'existence ou de non existence, par l'effet de la durée. Cette définition convient à l'usucapion comme à la prescription. Unger concevait aussi ces deux institutions comme deux variétés d'une même classe. Le même juriste critiquait l'ensemble du chapitre de la prescription dans le code, auquel il reprochait de rassembler arbitrairement une suite de dispositions disparates.

Les réformateurs n'ont pas cru toutefois devoir accepter cette critique, qui les aurait entraînés à une refonte de tout ce chapitre; mais ils se limitèrent à des modifications particulières.

La question, si longuement débattue en doctrine, de la survivance d'une obligation naturelle après la prescription d'un droit n'est pas résolue. Unger était d'avis que toute espèce d'obligation disparaissait, s'appuyant sur les termes mêmes de l'article 1451. Il était d'accord en cela avec les travaux préparatoires du code de 1811. Krainz au contraire, soutenait que le droit, s'il ne pouvait plus fonder une action, pouvait du moins être invoqué comme exception, de pareilles exceptions étant imprescriptibles par leur nature même. La jurisprudence, récente du moins, penchait du côté de

Unger. Mais il ne manque pas de décisions contraires. Le code allemand n'a, lui aussi, aucune indication à fournir sur ce point, quoi qu'en ait pensé Stubenrauch.

La révision, qui a mis fin à de nombreuses controverses, a laissé subsister celle-ci.

— Du temps nécessaire à l'usucapion.

Art. 1467. — Abrogé (Nouvelle III, art. 201).

Art. 1469. — Abrogé (Nov. III, art. 201).

Ces deux articles avaient trait à « l'usucapion tabulaire », c'est-à-dire par inscription au livre foncier, des droits de propriété et de servitude. Elle se faisait en trois ans.

Depuis la loi de 1871 sur les livres fonciers, ces articles avaient perdu leur raison d'être en raison de l'article 4 de cette loi. Toutefois, du point de vue formel, la jurisprudence continuait à les invoquer. Ceci tenait au fait que l'article 4 de la loi de 1871 prévoyait l'abrogation des textes antérieurs, qui ont trait au même objet, mais dans la mesure seulement où cet objet est traité par elle. La loi de 1871 vise en fait la totalité des cas pratiques. Mais s'il se présentait une hypothèse non prévue, les tribunaux en décideraient par analogie, en se fondant sur les articles 1467 et 1469. Procédé fâcheux, car cette lacune devrait être comblée par une analogie tirée du droit récent, plutôt que par un recours du code de 1811. Ces considérations déterminèrent l'abrogation des articles.

Krasnopolski, à ce propos, s'étonna que les articles 321, 322 et 350 (54), relatifs à la « possession ta-

(54) Article 321. — Dans les lieux où il existe des tables provinciales, des livres municipaux ou fonciers ou autres registres officiels de même nature, la possession légitime d'un droit réel sur des choses immobilières ne s'acquiert que par l'inscription régulière sur ces registres officiels.

Art. 322. — Lorsqu'une chose mobilière a été successivement livrée à plusieurs personnes, le droit de possession appartient à

bulaire », n'aient pas également été abrogés. Le rapport de 1912 répondit que cette objection n'était pas justifiée; car toute la raison d'être de la possession tabulaire n'est pas de servir de fondement à l'usucapion tabulaire, témoin la présomption de l'article 323 (55) attachée à la possession tabulaire. La réfutation est valable. Mais elle montre aussi à quel point il est difficile de modifier ou d'abroger une seule disposition d'un ensemble de règles sans troubler l'économie de la loi. L'absence d'idées systématiques, caractéristique de l'œuvre de révision, apparaît ici.

— Délai de prescription en général.

Art. 1480. — Les créances provenant d'arrérages de prestations annuelles, en particulier intérêts, rentes, *pensions alimentaires, prestations dues par le propriétaire d'un bien rural, ainsi que les annuités prévues pour l'amortissement d'un capital*, s'éteignent en trois ans; le droit lui-même est prescrit par le non usage pendant 30 ans. (Nov. III, art. 192.)

Art. 1485. — Quant aux personnes privilégiées par l'article 1472, on exige 40 ans pour la prescription comme pour l'usucapion.

La règle générale qu'un droit ne s'éteint par le non-usage qu'après 30 ans ou 40 ans, n'est applicable

celui qui l'a en son pouvoir. Mais lorsque la chose est immobilière et qu'il existe des registres publics, le droit de possession appartient exclusivement à celui qui s'y trouve inscrit comme possesseur.

Art. 350. — La possession des droits et des choses immobilières, qui sont portées sur les livres fonciers, s'éteint par leur radiation des tables provinciales ou des registres municipaux ou fonciers, ou par leur transfert sur les livres au nom d'un autre.

(55) Article 323. — Le possesseur d'une chose a pour lui la présomption légale d'un titre valable; il ne peut donc pas être sommé de le produire.

qu'à ces cas pour lesquels la loi ne prévoit pas de délai plus bref (art. 1465). (Nov. III, art. 193.)

Dans les motifs du projet gouvernemental de 1907, on observait (sans beaucoup de raison) que si l'on n'avait guère souhaité une réduction de la prescription générale de 30 ans, elle était au contraire réclamée pour celle des créances, en particulier pour ces créances qui sont nées des transactions quotidiennes.

La réglementation actuelle cependant n'a pas adopté, comme le code suisse dans son article 127, une prescription décennale pour toutes les créances. Mais elle multiplia dans les articles 1480 et 1486 les cas de prescription triennale. L'article 1480 vise toutes les prestations annuelles et son énumération n'est qu'exemplative. Le terme nouveau de « prestations annuelles » est plus large que celui de « Abgabe », par lequel on désigne plus précisément la rente ou le cens payé dans un contrat de bail à ferme héréditaire ou à cens héréditaire. Les prestations dûes par le propriétaire d'un bien rural (Ausgedinge) comprennent certains services, ce qui explique la disparition des mots « prestations de services » que l'on trouvait dans l'ancien texte.

Le point le plus important de l'article, c'est le maintien de la prescription du droit lui-même par le non-usage pendant 30 ans. La doctrine (Hoelder notamment) (56) jugeait que la longueur de ce délai ne répondait plus aux conditions d'activité ni surtout au sentiment juridique de l'époque, si l'on songeait que le recouvrement d'une créance restait possible pendant 10 années de plus que le châtimement d'un meurtre; et aussi qu'un commerçant n'est présumé conserver ses livres que pendant 10 années, alors qu'un « civil » est tenu, s'il a remboursé un prêt immédiatement, de conserver la quittance qui en fait foi pendant 30 années.

(56) — Archiv für das bürgerliche Recht, vol. 11, p. 238.

Invoker la prescription trentenaire du code allemand n'est pas concluant, car ce code n'en connaît pas de plus longue, tandis que le code autrichien, au contraire, a conservé dans son article 1485 la prescription par 40 ans. Unger s'était d'ailleurs énergiquement prononcé contre celle-ci, mais la Chambre des Seigneurs dût s'incliner devant l'opposition de l'administration des finances, principale bénéficiaire de cette disposition. Il n'en reste pas moins que les deux prescriptions, trentenaire et quarantenaire, ont singulièrement vieilli, et leur disparition du code eut sans doute été accueillie avec satisfaction. Il y a quelque inconséquence dans le texte révisé à maintenir un principe et à s'efforcer aussitôt de le rendre sans portée, en multipliant les cas où il est inapplicable.

La troisième novelle en groupant les articles 1485 et 1486 a voulu indiquer que les délais spéciaux, propres à certaines créances énumérées dans l'article 1486, s'appliquent aussi, si ces créances sont nées à l'occasion de transaction avec le fisc, les communes et autres privilégiés de l'article 1472.

— Des délais spéciaux de prescription.

Art. 1486. — Se prescrivent par 3 ans les créances :

1. — *Pour la livraison de choses, ou l'exécution de travaux, ou toute autre prestation faite au cours de transactions professionnelles ou commerciales;*

2. — *Pour la livraison d'instruments agricoles ou forestiers faite à une exploitation agricole ou forestière;*

3. — *Des personnes qui font profession de nourrir, soigner, guérir, ou encore d'élever et instruire autrui — ou des établissements qui servent le même but;*

4. — *Pour les termes de loyer et fermage;*

5. — *Des personnes qui engagent leurs services, pour leur rémunération et leur débours, qu'il s'agissent de travailleurs industriels, de journaliers, de domestiques ou de tous employés privés — ainsi que de l'em-*

ployeur pour les avances qu'il leur a faites sur ces créances;

6. — Des médecins, vétérinaires, sages-femmes, précepteurs, avocats, notaires, agents de brevets, et de toutes autres personnes spécialement préposées au soin de certaines affaires, pour la rémunération de leurs services et le remboursement de leurs frais, ainsi que des parties pour les avances qu'elles ont faites à ces personnes. (Nov. III, art. 194.)

Art. 1487. — Le droit d'attaquer un acte de dernière volonté, de réclamer sa réserve ou son complément, de révoquer une donation pour cause d'ingratitude, ou de poursuivre les donataires pour atteinte à la réserve, d'annuler un contrat à titre onéreux pour cause de lésion d'outre-moitié ou d'attaquer le partage d'un bien commun, et l'action en nullité d'un contrat pour cause de crainte ou d'erreur, lorsque la partie contractante ne s'est rendue coupable d'aucun dol, doivent être exercés dans le délai de trois ans. A l'expiration de ce délai, ils sont prescrits. (Nov. III, art. 195.)

Art. 1489. — Toute demande de dommages-intérêts se prescrit au bout de trois ans, à partir du moment où le dommage et son auteur ont été connus de la partie lésée — que le dommage ait été causé par la violation d'un devoir contractuel ou qu'il ne se rapporte à aucun contrat. Si le dommage ou son auteur n'a pas été connu de la victime, ou si le dommage a été la suite d'un crime, l'action ne se prescrit que par trente ans. (Nov. III, art. 196.)

Art. 1490. — Les plaintes pour atteintes à l'honneur, lorsque celles-ci consistent seulement dans des outrages par paroles, par écrits, ou par gestes, ne peuvent plus être formées après le délai d'un an; mais si l'offense consiste en voies de fait, le droit de plainte à fin de dommages-intérêts subsistent pendant trois ans.

Pour les demandes de dommages-intérêts en raison d'atteintes au crédit, à l'activité professionnelle, à la prospérité d'autrui, par la propagation de faits

inexacts, il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'article 1489. (Nov. III, art. 197.)

La question qui se pose, dès l'abord, pour l'article 1486 est celle de l'opportunité d'un délai de trois ans pour les créances énumérées. La législation autrichienne prend ici une position moyenne entre le code suisse (5 ans) et le code allemand (2 et 4 ans), qui, comme toute fixation de délai, est sujette à critique. Toutefois, la conformité de cette disposition avec celles des législations les plus récentes est un signe assez sûr de sa justesse.

L'on peut se demander aussi si, du point de vue de la technique, la manière dont elle est formulée est heureuse. Le projet gouvernemental énumérait onze points au lieu de six. Ces onze points reproduisaient assez exactement les dix-sept points de l'article 196 du code allemand. Le défaut d'une énumération trop longue est d'échapper nécessairement à la mémoire. Comme d'autre part cette énumération n'étant pas purement exemplative risque de contenir des lacunes, sa longueur ne saurait être qu'une considération d'ordre secondaire. En réduisant à six les onze points du projet gouvernemental, par l'emploi de formules plus générales, le texte actuel ne réalise peut-être qu'imparfaitement la réforme désirable, qui eût été d'établir une règle d'ensemble pour toutes les créances nées des transactions de la vie quotidienne. Cette règle d'ensemble, l'alinéa 1 n'est pas loin de la donner; et la généralité de ses termes couvriraient à strictement parler les alinéas 2 et 3, que seul un sonci de clarté a fait distinguer. A noter dans le troisième groupe de créances les mots « qui font profession de »; il en résulte que les créances que la mère naturelle, ou un tiers qui a supporté les frais d'entretien, peut faire valoir contre le père naturel,

(57) Art. 1042. — Celui qui fait pour un tiers une dépense que celui-ci aurait été obligé de faire lui-même, en vertu de la loi, a le droit d'en demander le remboursement.

selon l'article 1042 (57) ne se prescrivent pas par trois ans.

A propos du cinquième groupe, on s'est demandé si la « rémunération » vise simplement le salaire, ou encore les gratifications supplémentaires et même les peines conventionnelles; on s'est aussi demandé si la disposition ne s'applique à l'employeur que pour les avances faites expressément en déduction du salaire et non pour celles qu'il aurait pu faire à titre exceptionnel, sans les porter en déduction du salaire. Il est probable que toutes les prétentions nées à l'occasion du rapport de services se prescrivent par trois ans.

Une prescription à délai abrégé pour ces diverses créances est incontestablement une mesure salutaire. Un crédit prolongé, pour des transactions de ce genre, est moins un bénéfice pour le débiteur qu'un danger.

L'article 1487 a subi une légère modification. Il énumère une suite de droits, qui se prescrivent par trois ans et qui ne sont pas des créances d'argent tombant sous l'application de l'article 1480. Le code révisé connaît donc une triple classification :

1. — Les créances d'argent, qui déjà se prescrivaient par 3 ans (art. 1480).

2. — Les créances nées des transactions quotidiennes, pour lesquelles une prescription nouvelle de trois ans est établie (art. 1486);

3. — Les droits et créances, autres que d'argent, qui déjà se prescrivaient par trois ans (art. 1487).

Une systématisation rigoureuse pourrait exiger que les cas de l'article 1486 fussent ajoutés à ceux de l'article 1480.

La modification apportée à l'article 1487 ne permet plus de douter que l'action en reprise donnée au réservataire contre les donataires par l'article 951 se prescrit par trois ans, comme l'action en complément de la réserve contre les héritiers testamentaires.

L'article 1489 met fin à une controverse fort con-

nue : la prescription par 3 ans de la demande en dommages-intérêts vise-t-elle seulement les dommages-intérêts délictuels ou aussi les contractuels ? La doctrine était fort partagée (58). Après avoir penché d'abord pour la première solution, elle se prononçait plus récemment pour la seconde. La jurisprudence aussi tendait vers une interprétation large de l'article 1489. La revision mit fin à toute hésitation et se prononça pour une prescription unique dans les deux cas. La rédaction de l'article est en harmonie avec celle de l'article 1295. Le fondement de la prétention doit toujours se trouver dans un dommage souffert (art. 859) ou dans la violation d'un contrat ou d'une obligation spécifique. C'est pourquoi le dédommagement prévu par l'article 1042 ne se prescrit que par 30 ans. La raison pour laquelle une protection née de la loi se prescrit par 30 ans, alors que celle née d'un contrat le fait en trois, n'est pas absolument évidente, et il n'aurait peut-être pas été inutile d'attirer l'attention dans le texte sur l'exclusion de la première.

La troisième novelle a ajouté au texte de 1912 les mots « ou son auteur ». C'est une correction heureuse. Car il n'est que juste que la victime du dommage ait connu non seulement le dommage, mais encore son auteur (ce qui seul lui permettra d'agir) avant de songer à lui imposer un délai de prescription aussi bref.

L'article 1490 a changé le mot « injure » en « atteintes à l'honneur » qui peuvent être publiques ou privées. Quant au deuxième alinéa, il n'était pas certain qu'il fût nécessaire de l'ajouter. Certains auteurs sont d'avis que l'article 1490, alinéa 1 ne vise que la satisfaction personnelle de l'atteinte à l'honneur et

(58) Dr. F. Zoll. — « Der fachliche Geltungsbereich der Trienalverjährung nach § 1489 A.B.G.B. » (1906).

Dr. J. v. Schey. — « Zur Verjährung der Entschädigungsklage nach § 1489 A.B.G.B. » (1905).

Dr. Randa. — « Die Schadenersatzpflicht nach österreichischem Rechte » (1907).

non la réparation du dommage. Il était tout naturel que cette réparation tombât sous l'application de l'article 1489. On peut aussi soutenir que l'alinéa 1 vise à la fois la satisfaction personnelle et la réparation de dommage de moindre gravité pour lesquelles sont établis des délais spéciaux. Un doute subsiste ici qu'il appartiendra à la jurisprudence d'éclaircir.

On peut regretter que la revision n'ait pas introduit dans ce chapitre de la prescription une disposition qui aurait indiqué à quel moment la prescription commence à courir. L'article 1478 est resté inchangé, qui prévoit que la prescription d'un droit qui a pu être exercé s'opère par le non-usage pendant 30 ans. En quoi consiste le non-usage d'un droit ? Cela dépend de la nature du droit. La réponse est différente pour la propriété, pour les servitudes, pour les créances. Les articles 1494 et 1497 (59) (dont Ehrenzweig désirait la revision) (60) fournissent une indication partielle; mais on ne saurait y trouver une réponse précise. Le paiement d'un acompte ou l'acceptation d'une sommation par le débiteur, sans qu'il proteste, sont-ils une reconnaissance tacite ? La simple acceptation d'un paiement,

(59) Art. 1494. — Le délai de l'usucapion et de la prescription ne peut courir contre des personnes qui, par faiblesse d'esprit, sont incapables d'administrer leurs droits, telles que les mineurs, les fous ou les imbéciles, tant qu'elles ne sont pas pourvues d'un tuteur légal. L'usucapion ou la prescription une fois commencée continue à courir, mais elle ne peut en aucun cas être complétée avant deux ans au plus tôt, après la cessation des empêchements.

Art. 1497. — L'usucapion aussi bien que la prescription est interrompue, lorsque celui qui veut s'en prévaloir a reconnu le droit de l'autre, soit expressément, soit tacitement, avant l'expiration du temps de la prescription, ou lorsqu'il se trouve assigné en justice par l'ayant-droit et que l'action est régulièrement poursuivie. Mais lorsque l'action est déclarée mal fondée par une décision judiciaire, la prescription doit être considérée comme non interrompue.

(60) Ehrenzweig. — Gutachten über d. Entwurf (1908).

sans spécifier que son effet sera d'interrompre la prescription, suffit-elle ? Pour les créances, que vise l'article 1486, al. 3, quand la prescription commence-t-elle à courir ? Du jour de l'échéance. Mais ce jour est pour elles souvent difficile à déterminer. De même, pour les créances nées à l'occasion du rapport de services : la Chambre des Avocats de Basse-Autriche était d'avis qu'elle ne pouvait commencer de se prescrire tant que le rapport subsiste, car il serait difficile pour l'employé de faire sommation à son employeur. De même encore, pour les créances des médecins, avocats, précepteurs... On ne peut considérer que l'article 198 du code allemand réponde à la question de manière plus satisfaisante : « la prescription commence à courir du jour où il y a naissance de la prétention. » Car quand y a-t-il naissance de la prétention ? La loi veut forcer le créancier à mettre son droit en action, elle veut protéger le débiteur contre une poursuite intentée à une époque où ses moyens de preuve auraient disparu. Mais il peut se produire que l'on devienne créancier ou héritier à son insu. Sur ce dernier point, une décision de la Cour Suprême de 1887 décida que l'action en pétition d'hérédité se prescrit par trois ans à partir de l'ouverture de la succession.

LE CODE REVISE ET L'ORDRE JURIDIQUE AUTRICHIEN

Une législation nouvelle n'apparaît jamais dans la vie juridique sans y provoquer quelque perturbation. Elle est toujours l'expression plus ou moins consciente de vœux de réforme, d'idées neuves reçues par l'assentiment général, d'admiration à l'égard d'œuvres législatives récentes. Elle est un nœud ordonné d'influences subies; elle est un centre vivant d'influences exercées.

A peine les textes nouveaux du code civil furent-ils insérés dans le cadre établi en 1811 qu'ils réagirent sur les textes anciens; puis leur action s'étendit, dépassa les bornes du droit civil et fit vieillir soudainement des règles du droit commercial, admises jusqu'ici comme la forme la plus moderne de la pensée du législateur. En même temps, se posèrent des problèmes d'interprétation que rendait plus délicats le rapprochement répété avec des droits étrangers, dont le prestige avait empêché qu'on les oubliât.

Il en est résulté un ensemble d'actions et de réactions, à l'étude desquelles les pages suivantes seront consacrées.

I. — LE CODE REVISÉ ET LE DROIT COMMERCIAL

La troisième nouvelle seule contient des dispositions, qui ont un lien apparent avec le droit commercial. Elles y sont nombreuses : la protection du nom,

la conclusion et la forme des contrats, le calcul des délais, le temps et le lieu d'exécution, l'interprétation des actes juridiques, l'inexécution des contrats à titre onéreux, les prestations de garantie, la vente à l'essai, le contrat de services, la réparation du dommage sur le fondement d'actes contraires aux bonnes mœurs, la responsabilité pour les auxiliaires à l'exécution, le tort fait au crédit par la propagation de renseignements inexacts, l'assignation, et la responsabilité de l'acquéreur d'une entreprise. Tantôt ces dispositions répètent des solutions connues déjà de la législation commerciale, tantôt elles ont trait à des points que cette législation avait laissés dans l'ombre. Quelle peut être leur influence en matière commerciale ? (1)

Il n'existe pas dans la novelle de règle, qui détermine l'effet de ces dispositions sur la législation commerciale. L'article 2 de la novelle sans doute est rédigé dans les termes les plus larges : « Toutes les dispositions légales en vigueur jusqu'ici, qui contrediraient les prescriptions de cette novelle, sont abrogées. » Mais cette rédaction ne suffit pas pour écarter une autre règle, que l'article premier du code de commerce établit aussi fermement : en matière commerciale, le code de commerce l'emporte sur le droit civil, non seulement dans ses dispositions antérieures, mais encore dans celles qui lui sont postérieures, si du moins il n'est pas prévu expressément que la disposition postérieure du droit civil s'étend aux choses commerciales. La novelle, en aucun endroit, ne prévoit expressément son application au domaine commercial; et les réformateurs ont plus d'une fois laissé entendre que tel était bien leur point de vue.

Toutefois, la règle de l'article 1^{er} du code de commerce est inapplicable à ces prescriptions que la science

(1) — Der Einfluss der dritten Teinovelle zum A.B.G.B. auf das Handelsrecht, par Dr. O. Pisko, dans « Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht », 1917, p. 70 et ss.

juridique rattache au domaine du droit commercial, mais dont le champ d'application dépasse ses limites (loi sur la lettre de change, par exemple). Mais la nouvelle a laissé pareilles prescriptions inchangées dans presque tous les cas. Et l'on peut dire au total que son influence en *législation* commerciale est extrêmement réduite. Il en est tout autrement de son influence sur le *droit* commercial : le domaine du droit commercial se trouve en effet restreint par l'admission dans le droit civil général de règles nombreuses réservées jusqu'ici aux matières commerciales ; et la formule générale qui traduirait le mieux la situation présente serait celle-ci : là où la même question est traitée à la fois par les législations civile et commerciale, cette dernière (qu'elle soit antérieure ou postérieure) doit l'emporter ; là où le droit commercial est muet, les règles du droit civil trouveront leur application naturelle.

Ce sont ces cas d'application du droit civil que nous voulons examiner à présent :

A — Des marques distinctives des entreprises.

L'article 43 reconnaît de façon générale un droit au nom. La protection qu'il crée est double : elle permet (positivement) au porteur légitime d'un nom de repousser toute contestation de son droit à le porter ; elle permet (négativement) d'interdire l'usage illégitime de son nom par autrui, et, en cas de faute de prétendre à une réparation du dommage causé. Mais ce droit négatif n'est pas semblable au droit absolu d'exclusion, que prévoit l'article 20 du code de commerce en faveur de la firme ou de la marque enregistrées : pour mériter la protection de l'article 43, il faut toujours justifier d'un intérêt reconnu par la loi.

Cette protection ne se limite pas au seul nom civil, mais elle s'étend aussi au nom commercial ; et elle est aussi complète dans l'un et l'autre cas. Mais il faut la refuser au pseudonyme commercial, lorsque l'adoption

de celui-ci est contraire aux intentions du législateur : tel le cas des détaillants soumis au règlement sur les métiers et professions, auxquels la loi impose de commercer sous leur nom véritable. Il faut la refuser encore aux dessins, vignettes, qui ne constituent pas des noms.

L'article 43 présente pour le droit commercial un intérêt particulier. Il élargit en effet la protection des marques distinctives des entreprises ; il restreint ensuite la formation de ces marques.

La firme était loin d'être parfaitement protégée jusqu'ici par les dispositions du code de commerce et du règlement sur les métiers et professions. Il faut faire appel à l'article 43 pour combler les lacunes. Cet article vise par son terme « usage illégitime » à la fois l'usage direct, effectif du nom d'autrui, et l'usurpation que commet celui qui se fait connaître comme le disciple, le représentant d'autrui. La firme n'a de protection dans le code de commerce que dans la première hypothèse. Elle l'obtient d'ailleurs contre tout acte quelconque d'usage effectif : apparition de la firme sur les factures, l'enseigne, etc. De plus, le code de commerce (art. 27) protège sans doute le propriétaire d'une firme contre l'emploi d'une firme similaire, si cet emploi est illégitime, si la firme n'a pas été formée conformément aux prescriptions légales, c'est-à-dire lorsque la similitude de ces deux firmes existant en un même lieu doit entraîner une confusion. Mais cette disposition ne vaut que pour la firme enregistrée. Il est douteux cependant, selon Dr. Pisko, que le nouvel article 43 puisse être ici d'aucun secours, « car, dit-il, cet article n'exige pas seulement qu'il y ait usage d'un nom similaire à celui du préjudicié, mais que cet usage soit illégitime; et une firme ne devient pas illégitime par la seule circonstance qu'elle ressemble à une autre firme, existant dans le même lieu, mais non enregistrée. »

Le règlement pour les métiers et professions (art. 46) sanctionne aussi l'emploi illégitime du nom, de la firme d'un producteur ou d'un commerçant national.

Mais cette sanction n'existe que contre les personnes auxquelles ce règlement s'applique, et en leur faveur. Le champ d'action de l'article 43 du code civil est plus vaste; mais il exige en revanche l'affirmation et la preuve d'un préjudice, que l'article 46 du règlement présume, une fois reconnus les empiétements reprochés.

Nous avons dit plus haut, que la législation commerciale ne connaissait de protection que contre l'usage direct, effectif de la firme d'autrui: qu'elle ignorait presque entièrement celle contre l'usurpation du nom d'autrui. Le seul cas où cette sorte d'« usage illégitime » du nom était sanctionné, était celui où la firme d'autrui apparaissait sur la marchandise, afin de tromper sur son origine. A présent, l'article 43 renforce d'abord cette sanction en atteignant le délit sous toutes ses formes, qu'il s'agisse d'indications portées sur la marchandise même, sur les lieux de production et d'emmagasinement, ou sur les factures et documents relatifs à la marchandise. Ensuite, cet article atteint aussi d'autres hypothèses: telle l'hypothèse où une personne se présente comme l'élève, l'adjoint, le représentant d'une autre; celle où un système, une méthode sont affirmés, contrairement à la vérité, être un système, une méthode déterminés et connus.

L'article 43, créant le droit au nom, n'a pas eu pour seul effet d'élargir la protection des marques distinctives des entreprises; il a eu celui encore, nous l'avons indiqué déjà, de restreindre la formation de ces marques. La prescription du code de commerce et de la loi sur les sociétés ne contiennent pas seules les restrictions auxquelles est soumise la composition de la firme. Une firme qui viole ces prescriptions est sans doute contraire au droit; mais une firme qui les observe n'est pas nécessairement conforme au droit. L'emprunt qu'aurait fait une firme du nom d'une personne étrangère, sans que celle-ci ait donné son approbation, *peut* la faire écarter par la loi, mais ne *doit* pas

nécessairement avoir cet effet : le point de savoir si cette firme est contraire au droit parce qu'elle porte atteinte au droit subjectif du porteur de ce nom, dépend évidemment de la reconnaissance par la loi d'un droit subjectif au nom. Il est tout à fait certain aujourd'hui qu'une firme composée de la sorte se heurterait à l'article 43 du code civil.

B. — De la concurrence déloyale.

Cette question est intimement liée à la précédente. Elle trouve sa réglementation dans la nouvelle aux deux articles 1330 et 1295, al. 2.

Le premier de ces articles crée une responsabilité pour la propagation d'informations, dont on aurait dû connaître l'inexactitude. La règle fléchit lorsque l'informateur ou l'informé avait intérêt à la communication : la responsabilité n'apparaît en ce cas que si l'inexactitude était réellement connue. L'alinéa 2 de l'article 1295, lui, crée une protection générale contre tout préjudice intentionnel résultant de la conduite d'autrui. Et il est à prévoir, en raison de la rareté des textes relatifs à la matière, que la jurisprudence usera de cette disposition avec faveur pour réprimer les actes de concurrence déloyale. La jurisprudence allemande a usé de même de la disposition correspondante du code civil (art. 826).

On invoquera l'article 1295 pour réprimer la divulgation par les employés, en vue de la concurrence, des secrets commerciaux ou de fabrication. Le détournement de la clientèle ou de préposés ; de même la concurrence faite en cherchant à provoquer la confusion, dans les hypothèses où le nom, la firme, n'est pas en jeu : similitude des uniformes, des voitures de livraison, des catalogues.

Même en matière de protection des marques de fabrique, pour laquelle existe une loi spéciale, la disposition qui impose une obligation de réparer le dom-

mage intentionnellement causé par un acte contraire aux bonnes mœurs, est appelée à jouer un rôle : 1.— Elle conduit à une protection des marques non enregistrées. La loi sur les marques de fabrique ne vise en effet que les marques enregistrées : elle ne protège les autres, même connues sur le marché, que contre l'enregistrement par autrui, et non contre leur emploi. 2.— Elle protège les marques enregistrées contre les abus que n'atteint pas la loi sur les marques de fabrique : par exemple, l'indication de la marque, non sur la marchandise même ou sur l'emballage, mais dans des annonces ou autres écrits; l'emploi d'une image associée à une marque enregistrée, afin de créer la confusion, etc. 3.— Elle protège contre l'acquisition et la mise en œuvre, contraires aux bonnes mœurs, d'un droit exclusif à l'emploi d'une marque enregistrée. La question de savoir quand l'acquisition d'une marque, dont l'emploi est permis, peut être une violation du droit n'a pas été élucidée par la loi sur les marques de fabrique. Celle-ci ne mentionne qu'un cas de cette espèce, visé ci-dessus au numéro 1. Il faut recourir à l'article 1295, pour sanctionner l'acquisition d'une marque faite avec l'intention de nuire à autrui, d'une manière qui blesse les bonnes mœurs : tel l'enregistrement d'une marque, opéré non pour en faire usage, mais pour empêcher autrui de s'en servir.

Observons enfin que l'article 1295 impose non seulement une restriction à l'acquisition d'une marque, mais encore à l'étendue du droit, même acquis conformément à la loi. Le propriétaire d'une marque ne peut faire valoir son droit dans le but de causer un dommage (art. 1295, al. 2, en liaison avec l'art. 1305 C. C.) : il ne pourrait, par exemple, interdire sur le marché de produits munis, dès avant l'enregistrement de sa marque, d'un signe semblable et qu'il serait impossible d'enlever.

C. — La responsabilité de l'acquéreur d'une entreprise en raison des dettes antérieures.

L'article 1409 du code lie la responsabilité à la reprise d'une entreprise, qu'elle soit commerciale ou non, qu'elle possède un patrimoine ou qu'elle n'en possède pas. Mais cette responsabilité ne prend naissance qu'avec l'acquisition contractuelle ou successorale de la propriété, à l'exclusion de l'acquisition par voie d'exécution ou de faillite. Il suffit d'ailleurs de l'acquisition d'une quote-part de l'entreprise : si un associé vient s'adjoindre à une entreprise conduite antérieurement par une seule personne, cette personne continue d'être responsable dans la mesure où elle l'était auparavant, tandis que l'associé le sera selon l'article 1409. Il suffit aussi qu'il y ait acquisition de l'entreprise; il n'est pas nécessaire que l'exploitation en soit continuée.

La responsabilité n'existe qu'en raison des dettes, d'argent ou autres, contractées par l'entreprise au cours de son activité économique. Mais elle est limitée de deux manières :

1. — Le reprenant n'est responsable que des dettes qu'il connaissait ou devait connaître au moment de son entrée en possession de l'entreprise. La preuve de cette connaissance pèse sur le créancier.

2. — Pour ces dettes mêmes, la responsabilité ne peut dépasser la valeur de l'entreprise. Mais elle n'existe pas seulement à l'égard des éléments patrimoniaux de cette entreprise; elle pèse sur tout le patrimoine personnel du reprenant, avec l'indication d'un maximum. La situation de reprenant est donc analogue à celle de l'héritier qui accepte sous bénéfice d'inventaire, du commanditaire poursuivi sur le fondement de sa responsabilité personnelle. L'action dirigée contre lui est formée de la même manière : le créancier prouvera le montant de sa créance, le fait de la reprise, la connaissance que le reprenant avait ou pouvait avoir de

l'obligation au moment de l'entrée en possession. Il appartient au reprenant d'établir qu'il a payé déjà des sommes couvrant toute l'étendue de sa responsabilité, soit à l'amiable, soit après jugement.

Si le reprenant tombe en faillite, toutes les créances, pour lesquelles il est tenu en vertu de l'article 1409, en formeront une seule, à laquelle sera appliqué le dividende prévu pour le règlement de la faillite; la somme ainsi produite sera distribuée aux créanciers de l'entreprise proportionnellement au montant de leurs créances, ce qui leur fera subir une double réduction.

Ce sont là, les seules limitations à la responsabilité du reprenant. Les parties n'en peuvent prévoir d'autres. Et la loi n'édicte aucun délai spécial de prescription. Mais la responsabilité peut être plus étendue que ne le veut l'article 1409 : s'il y a, par exemple, reprise de dette dans le sens de l'article 1405, ou si le reprenant se trouve être en même temps héritier de son prédécesseur.

Une règle de droit commercial, qui rendrait le reprenant d'une entreprise commerciale responsable, sans limitation, des obligations contractées par son prédécesseur (si du moins la reprise de ces obligations a été annoncée selon les usages admis en affaires, ou s'il poursuit l'exploitation de l'entreprise sous la même firme), ne se heurterait nullement à l'art. 1409, puisque la revision a laissé intactes les règles particulières du droit commercial. Et ce point de vue a été adopté et défendu avec raison par Randa.

D. — De la situation juridique des préposés commerciaux.

Nous avons vu que les articles nouveaux du code en matière de contrat de services laissent intactes les lois spéciales qui y ont trait. Ces dispositions ne sont pas essentiellement différentes des règles prévues par la loi relative aux employés de commerce; on est loin

toutefois de pouvoir parler d'une coïncidence parfaite. Et il convient d'examiner l'influence des textes nouveaux du code sur les contrats de services conclus par les préposés commerciaux, qui ne sont pas soumis à la loi particulière, et leur influence sur les contrats conclus par ceux à qui cette loi ne s'applique pas.

1. — Au premier groupe appartiennent telles personnes auxquelles ne peuvent s'appliquer ni la loi particulière, mentionnée ci-dessus, ni la loi sur le personnel industriel : ce sont les commis de banque, les matelots d'une entreprise de navigation fluviale, les distributeurs de journaux, etc. La réglementation actuelle du code s'applique directement à eux. Il en est de même pour les employés d'une entreprise commerciale, exploitée par l'Etat, un établissement de l'Etat ou un fonds administré par l'Etat, si toutefois ils ont été engagés par un contrat privé; la loi particulière sur les employés de commerce ne s'étendant pas davantage aux employés des chemins de fer et des compagnies de navigation maritime, ceux-ci sont aussi soumis au régime du code civil.

2. — Nous avons vu plus haut (« Du rapport des dispositions du code relatives au contrat de services avec les lois particulières en vigueur ») dans quelle mesure les textes nouveaux pouvaient affecter les contrats régis par le règlement sur l'industrie. Il y faut ajouter ces observations :

L'article 1153 (première phrase), qui prononce l'intransmissibilité de la prétention aux services, si rien dans le contrat ou les circonstances ne rend évidente une intention contraire, n'apporte rien de nouveau et n'éclaire pas la question controversée de l'influence, sur les contrats de services existants, de la vente ou de la mise à ferme d'une entreprise.

L'alinéa 1 de l'art. 1155 est sans application aux contrats régis par la loi particulière sur l'industrie; il y a lieu au contraire de lui appliquer l'alinéa 2, qui dispose que la personne qui preste ses services doit être

indemnisée pour toute perte de temps subie par la faute de celui qui l'emploie : rien de semblable ne se trouve dans la loi particulière. Le cas peut cependant se présenter dans l'industrie, lorsque le salaire est calculé à la pièce.

Enfin, l'article 1162a peut aussi trouver son application aux contrats de services industriels : il dispose que la personne qui preste ses services doit être indemnisée pour toute perte de temps subie par la faute met à l'employeur dont l'employé rompt prématurément et injustement le contrat, non seulement de requérir la réparation du dommage souffert, mais encore la reprise des services; l'art. 28 de la loi sur l'industrie ne connaît que la réparation du dommage.

E. — De l'assignation.

Les articles nouveaux 1400-1403 posent le problème de leur rapport avec les règles de l'assignation entre commerçants (art. 300, 301, 303, 305 C. de Co.); et celui de leur influence sur la législation relative au chèque et à la lettre de change.

1. — Le principe, que l'acceptation apposée sur une assignation écrite et reçue par l'assignant lie l'assigné à l'égard de l'assignataire aussitôt que celui-ci en a pris connaissance, vaut aujourd'hui, en vertu de l'art. 1400 (*in fine*), même en dehors du domaine d'application des articles 300 et 301 C. de Co.

La disposition du code de commerce, que l'assigné est tenu au paiement par son acceptation, ne fait que trancher la controverse sur la validité de l'acceptation en tant que promesse sans indication de cause; mais elle ne révèle rien sur l'étendue de l'obligation. Le code civil éclaire ce dernier point dans son art. 1402, relatif aux seules exceptions que peut opposer l'acceptant à l'assignataire; et cet article s'applique aux assignations des articles 300 et 301 du code de commerce. Il y a d'ailleurs d'autres limitations, dans l'article 303, al. 2 du code de commerce, à la faculté pour l'acceptant

d'opposer des exceptions, dans le cas où l'assignation est endossable d'après l'article 301. Mais ces deux articles (1402 C.C. et 302 C. de Co.) traduisent des idées différentes: l'article 1402 se fonde sur ce que les juristes autrichiens ont appelé le « concept de la délégation », c'est-à-dire que l'obligation née de l'acceptation, doit être indépendante du rapport de cause existant entre l'assignant et l'assigné, entre l'assignant et l'assignataire, qu'elle aura effet au profit de tout créancier, par le seul fait de l'acceptation ; l'article 303, al. 2, se fonde sur le « concept d'ordre », c'est-à-dire que l'acquéreur d'un papier commercial doit, dans l'intérêt même du titre négociable, être protégé dans la confiance qu'il lui accorde et dans l'acquisition du droit tel que le titre semble le lui conférer. Si l'assignataire se trouve déjà protégé contre les exceptions par l'article 1402 C.C., il sera superflu d'invoquer l'article 303 al. 2 C. de Co. Ces articles se renforcent réciproquement. Mais en raison de leur fondement différent, l'article 1402 ne saurait servir à l'interprétation des difficultés qu'a fait surgir la rédaction défectueuse de l'article 303, al. 2.

2. — Le chèque est une valeur de commerce (Wertpapier), puisqu'il crée un droit de recours et établit entre son porteur actuel et celui qui l'a précédé un rapport dont la cause n'apparaît pas; il est aussi, d'après l'opinion dominante, une assignation, entre le tireur et le tiré. Entre le porteur actuel et le porteur antérieur lié à lui par un rapport causé, le chèque est à la fois papier de commerce et assignation : assignation lorsque le chèque est payé à sa présentation, le paiement par le tiré équivalent au paiement par le porteur antérieur; papier de commerce, en cas de refus du paiement réclamé en temps voulu. La loi sur le chèque règle cette institution sous ses deux aspects.

Les dispositions de cette loi, qui traitent du chèque-assignation et abordent des questions que le code civil laisse dans l'ombre (influence de l'incapacité d'exercice, de la faillite du tireur, responsabilité

pour l'émission d'un chèque faux), restent évidemment intactes.

L'article 1401, al. 1 dispose que l'assigné est lié par l'assignation, lorsqu'il doit déjà à l'assignant ce qu'il est tenu de prêter sur le fondement de l'assignation. Cette disposition s'applique au cas où le créancier, après échéance de sa créance, tire un chèque sur son débiteur. L'art. 14 de la loi sur le chèque ne s'y oppose pas, qui décide que le tiré est tenu à l'égard du tireur comme le veut le rapport contractuel existant : c'est là une règle d'évidence sur la mesure de l'obligation, qui n'indique nullement dans quel cas le tiré est tenu.

Le seul point sur lequel le code semble devoir entraîner une modification de la loi sur le chèque est le suivant : l'article 1401 al. 1 (*in fine*) ne permet à l'assignataire, qui a accepté l'assignation *solvendi causa*, de faire valoir sa créance contre l'assignant qu'après avoir vainement sommé l'assigné de prêter. L'article 19 de la loi sur le chèque n'impose rien de semblable et il est loisible au porteur de s'adresser directement au tireur. Il n'existe aucune raison valable aujourd'hui pour apporter une exception à la règle générale de l'art. 1401, lorsque l'assignation revêt les caractères du chèque.

3. — La lettre de change ordinaire a l'apparence extérieure d'une assignation. Quant à savoir s'il y a là plus qu'une apparence, c'est une question dont la solution dépend de cette autre : les effets que fait naître un titre en tant que lettre de change sont-ils ceux qu'il fait naître en tant qu'assignation ?

La traite crée essentiellement un droit de recours abstrait dans le cas où le tiré ne l'honore pas. Ce recours n'est pas en contradiction avec la nature de l'assignation ; elle ne l'entraîne pas, mais elle ne l'exclut pas davantage, car ce recours laisse subsister les effets essentiels de l'assignation : a) le pouvoir de l'assigné de faire la prestation au bénéfice d'un tiers pour le compte

de l'assignant; b) le pouvoir de l'assignataire de recevoir cette prestation, aussi pour le compte de l'assignant. A ces effets, s'en ajoute, en cas de non-prestation, un troisième, qui distingue l'assignation du simple « mandat de payer » : un devoir spécial de diligence, que l'art. 1401 impose à l'assignataire et qui dépasse la réglementation légale de la lettre de change sur ce point.

L'apparence d'assignation de la traite ne donnera donc, le plus souvent aucune indication sur l'intention des parties. Mais l'exécution de la prestation par l'assigné réalisant toujours une double opération entre l'assignant et l'assigné et entre l'assignant et l'assignataire, il est des cas où clairement la traite exclut l'assignation : ce sont ceux, très nombreux, où le tiré accepte la traite parce qu'il est le débiteur du bénéficiaire, et où le tireur ne l'a émise que pour devenir caution de la dette du tiré ou bien son débiteur solidaire. Et la même hypothèse peut se présenter, lorsque le tiré paie sans avoir accepté au préalable.

Puisque la forme de la traite laisse subsister un doute sur l'existence d'une assignation, il appartient à celui qui veut se prévaloir de cette existence de la prouver.

La loi sur la lettre de change n'examine en aucune de ses dispositions les effets de celle-ci en tant qu'assignation. Les articles 1400 à 1403 du code révisé ont ici une certaine importance. De l'article 1401 il résulte que le débiteur est tenu d'honorer une traite tirée sur lui par son créancier après échéance de la dette. Mais il ne l'est pas d'accepter une traite tirée sur le fondement d'une dette non encore échue. Le paiement de la lettre de change par le tiré peut lui donner un droit contre le tireur. Si le tiré a payé en raison d'un lien juridique établi entre le bénéficiaire de la lettre et lui, ce droit n'existera qu'exceptionnellement : tel le cas où le tireur est débiteur principal du bénéficiaire et le tiré caution. S'il n'y avait aucun lien entre le béné-

ficiaire et le tiré qui a payé, la situation de ce dernier à l'égard du tireur est déterminée par la nature du rapport existant entre eux; la prestation indirecte au tireur, que ce paiement représente, ne donne pas toujours lieu à un recours; et le tiré aura à prouver son droit à ce recours, si du moins la loi ne crée pas une présomption en sa faveur. Il faut reconnaître que les articles 1400 à 1403 ne créent pas semblable présomption.

L'acceptation d'une traite, qui contient une assignation, a les effets de l'acceptation d'une assignation: les exceptions qu'écarte l'art. 1402 ne pourront être opposées à aucun porteur de la traite; celles, au contraire, que lui laisse cet article, le tiré assigné les pourra opposer à tout porteur qui aura reçu son acceptation comme assignataire. Quant à l'endossataire, à qui la traite fut endossée après acceptation, il jouit de tout le bénéfice des concepts de « délégation » (art. 1402 C. C.) et d' « ordre » (art. 303 C. de Co.).

F. — Conclusion et interprétation des transactions commerciales.

1. — De la forme du contrat. — Rien n'est changé au principe de la liberté de la forme, qu'énonce l'article 317 du code de commerce. Les articles 1278 et 1346 nouveaux du code civil n'ont évidemment pas d'application au domaine commercial. Il en est autrement pour la disposition qui ouvre l'article 886 du même code, là du moins où la législation commerciale requiert la rédaction d'un écrit. Quant à la faculté de remplacer la signature manuscrite par un moyen de reproduction mécanique, elle pourra trouver application à telles matières commerciales où la loi exige un écrit, sans exiger en même temps la signature manuscrite, (les actions de société par exemple).

2. — De la conclusion du contrat. — La différence si difficile à justifier, entre les prescriptions légales sur la conclusion des transactions commerciales et non

commerciales, a disparu en grande partie depuis que la revision a, sinon dans les termes, du moins dans l'esprit, mis le code civil en harmonie avec le code de commerce. Que le contrat conclu par téléphone doive être considéré comme un contrat entre présents; que les délais légaux d'acceptation de l'offre soient écartés par la fixation d'un délai par l'offrant; que l'offre acceptée tardivement soit éteinte et non révocable seulement, ce sont là des solutions familières au droit commercial. Le maintien de l'offre en dépit de la mort de l'auteur ou du destinataire de l'offre était admis déjà pour l'offre faite par un commerçant au cours de ses transactions. La règle de l'article 864 du code civil (acceptation par l'exécution) ne se retrouve pas dans le code de commerce, mais elle a évidemment une application générale.

3. — De l'interprétation du contrat. — A l'occasion du nouvel article 914 C. C., nous avons vu qu'il reproduit dans sa première phrase presque textuellement l'article 278 du code de commerce, qu'une certaine doctrine voulait opposer aux règles du droit civil. Quant aux mots qui le terminent, ils font ressortir que, dans le cas de doute, l'usage honnête et général devra déterminer l'interprétation qu'il convient de donner à la déclaration des parties. Lorsque, donc, dans un groupe professionnel ou dans une branche du commerce se sont développées une terminologie, des habitudes spéciales, elles s'imposent aux parties, si celles-ci appartiennent toutes deux à ce groupe, à cette branche du commerce. Sur ce dernier point cependant, l'article 279 du code de commerce contient une double règle exceptionnelle : a) les usages commerciaux doivent être pris en considération pour l'interprétation d'une transaction, alors même qu'une seule des parties est commerçante — ce qui peut à la rigueur se justifier; b) ils doivent l'être encore, lorsque aucune des parties n'est commerçante, mais que la transaction a un caractère commercial — ce qui ne

se justifie plus du tout.

G. — De l'exécution des transactions commerciales.

Nous avons vu que les articles 902 et 903 du code révisé, qui disposent pour le calcul des délais d'exécution, s'inspirent des articles 327 à 330 du code de commerce.

Pour le lieu d'exécution, également, il y a aujourd'hui similitude entre les droits civil et commercial : en général, les dettes en nature sont quérables, les dettes d'argent sont portables. Cependant, l'alinéa 2 de l'article 324 du code de commerce ne fut pas reproduit, qui, sous certaines conditions, prévoit comme lieu d'exécution celui où se trouve l'objet de la transaction; le caractère exceptionnel de cette règle s'en trouve renforcé.

Quant à la peine conventionnelle de l'article 1336 C. C., la disposition nouvelle qui termine son premier alinéa (« Si cette peine a été promise pour l'inobservation du délai ou du lieu d'exécution, on peut la réclamer en même temps que l'exécution ») aura son application en matière commerciale, l'article 284 étant muet sur ce point.

Le principe, admis par la jurisprudence, sans que la loi lui fournisse un fondement satisfaisant, que le débiteur est responsable de la faute de ses auxiliaires à l'exécution comme de la sienne propre, a été formellement accueilli par le code révisé (art. 1313a). Cette réception n'a cependant pas fait perdre toute signification à l'article 400 du code de commerce, en ce sens que cet article impose au chef de l'entreprise une responsabilité pour ses gens, sans que ceux-ci aient été nécessairement des auxiliaires à l'exécution de l'obligation violée. De même, d'après la loi sur le chèque, le dommage résultant du paiement d'un chèque faux est à la charge du tireur apparent, non seulement lorsqu'une faute peut lui être imputée, mais encore lors-

que le faux fut commis par l'un de ses préposés au maniement des chèques.

L'application de l'article 1313a, en présence de certaines dispositions de la loi sur les assurances, qui attachent des effets déterminés à la conduite coupable de l'assuré, soulève quelques difficultés : l'obligation de réparer le dommage créé par l'inexécution coupable d'une des obligations que la loi sur les assurances impose à l'assuré, prend naissance alors même que la faute n'existe que dans la personne chargée de l'exécution par l'assuré (déclarations requises par l'article 39, etc.) : il y a lieu ici d'appliquer l'article 1313a. Mais la perte du droit, qui, en vertu de la loi, est liée à l'omission coupable par l'assuré de certaines obligations légales ou contractuelles, ne doit pas être admise par le seul fait qu'une faute a été commise par la personne à qui l'exécution de ces obligations était confiée (en supposant qu'il n'y ait pas eu *culpa in eligendo*), car là où la loi sur les assurances attache cet effet à la faute de l'assuré, elle vise seulement la faute personnelle de l'assuré ou d'un représentant légal, tel que l'administrateur du bien assuré : l'article 1313a doit donc être écarté en ce cas. Quant à la perte du droit, par laquelle l'article 55 sanctionne l'intention de provoquer le sinistre ou la négligence grossière, elle peut sans doute être maintenue même si cette intention ou cette négligence ne sont pas imputables à l'assuré personnellement; mais jamais il n'y aura lieu d'invoquer l'article 1313a, car il ne s'agit plus ici de l'exécution d'une prestation, l'assuré n'ayant pas à proprement parler, contracté l'obligation d'écarter les chances de sinistre.

Nous avons vu, en discutant, les articles 918-921 du code révisé, les suites de l'inexécution de l'obligation; et, à propos du cumul des droits de résiliation et d'indemnité, nous invoquions l'article 354 du code de commerce. Quelles sont les dispositions de la législation commerciale en cette matière ? Elles ne visent que la vente commerciale, et elles ne jouent qu'en cas de

retard dans l'exécution ou d'impossibilité coupable d'exécuter, à l'exclusion de tous les autres cas intermédiaires d'inexécution. Quatre éventualités sont prévues; a) la partie fidèle au contrat peut poursuivre l'exécution et prétendre à des dommages-intérêts pour le tort que lui a causé son retard; b) l'acheteur, ainsi que le vendeur, s'il est encore en possession de la marchandise, ont le droit de résilier le contrat; c) l'acheteur peut réclamer des dommages-intérêts pour l'inexécution; d) le vendeur, s'il est encore en possession de la marchandise, peut recourir par exercice de la justice personnelle, à la vente de cette marchandise pour le compte de l'acheteur négligent et se payer sur le produit de cette vente (Selbsthilfeverkauf).

Cette réglementation dépasse le code civil sur un point d'une importance pratique considérable : la vente par exercice de la justice personnelle. Sur les autres points, la protection du code civil est plus étendue : le vendeur peut résilier le contrat, alors même qu'il s'est déssaisi de la marchandise, l'article 918, al. 1, au rebours de l'article 354 C. de Co. ne faisant aucune distinction; le vendeur peut, comme l'acheteur, réclamer des dommages-intérêts pour l'inexécution (art. 921); enfin, l'une et l'autre partie peuvent *à la fois* résilier le contrat et prétendre à des dommages-intérêts pour l'inexécution, tandis que l'article 355 C. de Co. prévoit pour l'acheteur (et pour l'acheteur seul) le choix entre ces deux lignes de conduite et n'offre d'alternative d'aucune sorte au vendeur.

Les divergences des législations civile et commerciale, en matière de retard dans l'exécution ou d'inexécution du contrat, sont certaines. Et nous souvenant de l'article 1 C. de Co., cité au début de ce chapitre, et que rien ne permet d'écarter, il en faut conclure que dans l'hypothèse d'une vente commerciale, seuls les articles 354 à 359 du code de commerce pourront être appliqués.

— *Du problème de la législation unique en matière d'obligations.*

De l'examen de tous ces cas où le droit civil a réagi directement sur le droit commercial, il résulte clairement qu'il y a eu interpénétration des deux droits, mais l'on ne saurait parler de fusion de fait. On avait cependant espéré que l'unification et la simplification du droit des affaires résulteraient de l'œuvre de révision; on avait suivi avec intérêt les controverses soulevées par la thèse de M. C. Vivante⁽²⁾ sur la nécessité d'un code unique des obligations. Des échos s'en retrouvent dans l'étude du Dr A. Wehli, déjà citée (*Gerichtszeitung* 1917, p. 466, 467) et dans une communication faite par Dr Ofner devant la société des juristes viennois, le 17 janvier 1917 (3). Et l'on peut se demander comment se posait en Autriche le problème de l'unification des deux droits.

Les tentatives de codification du droit coutumier commercial avaient toutes échoué au cours de la première moitié du XIX^e siècle. Il avait fallu l'adoption d'un code général de commerce par la Diète germanique en 1856, pour qu'un travail copié sur lui (à l'exclusion des dispositions relatives au droit maritime) fut déposé à Vienne sur le bureau de la Chambre des Députés, qui le vota en 1862. Il entra en vigueur le premier juillet 1863. Ce code fut remanié et complété par de nombreuses lois ultérieures; et jamais il n'éveil-

(2) Voir : Un code unique des obligations, par C. Vivante et V. Yseux (*Ann. de droit commercial* 1893, II, p. 1).

— Introduction du Traité de Droit commercial, par C. Vivante, traduit par J. Escarra (1910).

— Le problème de la fusion du droit civil et du droit commercial, Ch. Laurent (thèse 1903).

— De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences (méthode sociologique), par E. Thaller (*Ann. de droit commercial*, 1892, II, p. 49, 97, 145, 193, 257).

(3) *Gerichtszeitung* 1917, N° 4, p. 45.

la l'enthousiasme et la sympathie qui entourèrent toujours le code civil. Les idées défendues par M. Vivante semblaient donc devoir être accueillies avec faveur. Vivante, nous le rappelons, soutenait que la vie économique est une et que la dissociation de la vie juridique est purement artificielle : « L'autonomie du droit commercial, qui a surgi spontanément dans une société où le commerce était le monopole d'un ordre distinct de citoyens groupés en corporations, paraît un véritable anachronisme aujourd'hui que les actes de commerce sont accomplis librement, soit par ceux qui en font leur profession habituelle, soit par de simples particuliers. Elle n'a survécu aux causes qui l'ont produite que par sa seule force d'inertie ». (Introduction, p. 2). La distinction entre les deux branches du droit était ignorée des Romains dont le système juridique était à tendance nettement unificatrice. Si cette tradition fut rompue, c'est qu'après la chute de Rome, les commerçants, les banquiers, les industriels, menacés, se réunirent en collèges, en corporations, toujours plus vastes et mieux organisés. Le droit corporatif né de la jurisprudence des juges consulaires s'étendit bientôt par voie de fiction à ces personnes qui, tout en exerçant le commerce, ne pouvaient être inscrites sur les registres des corporations, nobles, ecclésiastiques, étrangers. L'envahissement des lois commerciales augmenta de façon étonnante et l'on peut parler aujourd'hui d'une transformation du droit commercial en un droit commun simple, rigoureux, expéditif et éminemment propre à « faciliter la circulation des biens, suprême nécessité de la vie économique ». Vivante ne pouvait omettre pour soutenir son point de vue d'invoquer le code suisse des obligations de 1881, qui groupe le droit des obligations proprement dit et les dispositions relatives aux sociétés commerciales, aux papiers valeurs, au droit du change et aux raisons de commerce; ni les législations anglaise et américaine, qui, s'appliquant aux nations les plus commerçantes du monde, ne con-

naissent aucune règle particulière aux commerçants, aucune théorie spéciale des actes de commerce.

L'explication de ce dernier phénomène est historique et, bien que M. Vivante ait négligé de la donner, elle éclaire la question : en Angleterre, le commerce prit une importance capitale dans la vie de la nation, longtemps avant qu'il en fut ainsi dans aucun autre pays d'Europe. Dès la destruction de l'Armada (1596) et les luttes victorieuses contre la Hollande (première moitié du XVII^e siècle), l'hégémonie anglaise sur les mers eut pour effet immédiat d'intéresser toutes les classes de la société aux entreprises commerciales d'outre-mer. Les plus nobles lords et les prélats les mieux prébendés ne dédaignèrent pas les larges profits que leur assurait leur participation aux aventures maritimes et au négoce terrestre. Cette universalité de la qualité de commerçant rendait impossible toute distinction dans la situation juridique des citoyens. Et l'explication reste la même, elle est d'une vérité plus générale encore pour l'Amérique.

Mais si l'invocation des législations anglo-saxonnes pouvait nous fournir une indication précise sur la condition préalable de toute fusion des deux branches du droit privé (à savoir, l'intérêt personnel, direct et général des citoyens dans le commerce de leur pays), elle est sans utilité pour ce qui touche à la codification des règles qui doivent régir tous les rapports d'affaires. L'hostilité, tant en Amérique qu'en Angleterre à une « somme » de principes directeurs est absolument nette : il paraît aux juristes qu'une réglementation détaillée, très détaillée même, pour *chaque* type de contrat est indispensable à la stabilité des rapports d'affaire. Une réglementation de principe, nécessairement sommaire, si bonne soit-elle, laisserait au juge une liberté, un pouvoir d'appréciation que l'on ne serait pas loin de qualifier en ces pays, où le juge est pourtant plus que législateur, d'intolérable. Cette opinion est

notamment celle que nous a fait connaître le professeur Jervey, doyen de l'Ecole de droit de Columbia.

La thèse de M. Vivante (qu'il soutient par d'autres raisons encore que nous ne pouvons examiner) avait une force particulière en Italie. L'argument classique par lequel on justifie la dissociation du droit privé, à savoir la nécessité en matière commerciale d'un droit plus expéditif, d'une procédure rapide et peu formaliste avait perdu sa valeur depuis qu'en 1888 l'Italie avait supprimé les tribunaux commerciaux, réformé la procédure et institué en toute matière, civile ou commerciale, une procédure sommaire. Or, la situation en Autriche n'est pas loin d'être la même. Sans doute, existe-t-il des tribunaux commerciaux : tribunal de commerce indépendant à Vienne, tribunaux de district chargés des affaires commerciales, tribunaux de district ordinaires dans lesquels siège un juge non-magistrat spécialiste. Mais devant toutes les juridictions civiles ou commerciales, on use d'une même procédure dont les caractéristiques sont l'oralité, l'absence d'intermédiaire, la publicité. De plus, un même système de preuves est admis, qui permet la preuve testimoniale et les présomptions aussi bien que la preuve littérale, avec un large pouvoir d'appréciation du juge et l'extension assez grande de l'admission de la preuve d'office. C'était là un grand pas de fait vers l'unification. Pourquoi, dès lors, s'est-on arrêté en chemin, alors que le projet de code civil hongrois, promulgué depuis, connaît une réglementation unique des rapports obligatoires ?

La grande, la plus décisive raison, il faut sans doute la chercher encore dans l'attachement des juristes et de la nation au code de 1811. Une fusion du droit civil et du droit commercial, c'était détruire l'harmonie, l'esprit et l'aspect général de ce code, c'était l'alourdir de 500 articles ou plus, c'était introduire des prescriptions légales plus détaillées dans une œuvre éprise de formules générales. Les réformateurs

ne crurent pas devoir oser un pareil bouleversement et jamais leur esprit ne s'y est sérieusement arrêté. Mais, sentant la force des arguments adverses, ils eurent le souci d'effacer sur tous les points que traitaient simultanément les deux législations (formation des contrats, interprétation, lieu et temps d'exécution, etc.) les divergences existantes. Il y a aujourd'hui unité presque parfaite sur ces points. Deux différences seules subsistent : a) les conséquences de l'inexécution ne sont pas les mêmes pour le contrat civil et pour le contrat commercial — toutefois, la protection plus efficace du code civil est, dans le cas du contrat de vente, compensée par la possibilité pour le commerçant de vendre la chose par exercice de la justice personnelle; b) la formalité de l'écriture est requise pour le contrat civil de cautionnement.

Nous affirmions plus haut la nécessité d'une condition préalable à toute fusion des législations civile et commerciale : la participation générale de la population à l'activité commerciale. Nous croyons découvrir une réalisation imparfaite de cette condition en Autriche, et ce serait une raison additionnelle qui expliquerait l'indifférence relative des réformateurs à l'égard du problème qui nous occupe. Rien de plus dissimblable que l'atmosphère de ces deux villes : Vienne et New-York, que l'idéal de ces deux pays : l'Autriche et les Etats-Unis. Il existait, et il existe encore en Autriche, une large fraction de la population fort détachée des transactions commerciales et de leurs abondants profits. L'esprit de lucre n'y est pas le mobile tout-puissant des efforts quotidiens. On y connaît d'autres ambitions. L'avenir peut-être connaîtra une Autriche différente. Les circonstances présentes l'obligent pour ne pas périr, à s'assurer un trafic intense, à se faire le lien indispensable entre les Etats successeurs. Mais avant que cette évolution (qui la portera au point que l'Angleterre atteignait dès la fin du xvii^e siècle) ait pu complètement s'accomplir, une autre évolution se

superposera à la première, dont la vigueur et l'importance se dessinent aujourd'hui déjà.

Car, s'il est vrai, comme le dit Vivante, que l'artisan, le marchand furent pendant des siècles hommes de corporations, s'il est exact que le dix-neuvième siècle a vu dans nos pays le triomphe de l'individu isolé, entreprenant et audacieux, nous assistons depuis le début du siècle à un reclassement de *toutes* les forces sociales sur une base nouvelle — associations, syndicats, groupements : organismes divers attachés à défendre des intérêts particuliers. Le législateur, chargé d'une fonction de coordination et de compensation, devra intervenir pour tempérer les excès d'égoïsme de ces organismes; il devra surveiller les moyens techniques ou autres qu'ils créeront pour augmenter leur puissance; et enfin il devra régler la discipline de ces institutions, qui, parce qu'elles subissent plus directement l'influence du progrès ou d'une pratique cosmopolite, réclament des revisions plus fréquentes. Et nous touchons ici à l'un des obstacles à la fusion des deux droits : leur stabilité n'est pas la même; les courbes de leur évolution ne coïncident pas. Le code du droit privé aurait une de ses parties, la plus importante peut-être, en perpétuelle instance de revision. L'exemple du code suisse des obligations est frappant à cet égard : promulgué en 1881, il fut révisé en 1911 et il est l'objet aujourd'hui de nouveaux remaniements qui y apporteront de considérables modifications : Vivante fait bon marché de cette objection, considérant que la revision fréquente est devenue pour les lois une nécessité générale. Nous croyons cependant que la solution véritable du problème a été exposée par M. Cosentini dans son bel ouvrage sur la réforme de la législation civile (4) : Puisque les formes de chaque contrat, dit-il, varient suivant leur objet, et cela non-seulement

(4) F. Cosentini. — La Réforme de la Législation civile (1913), p. 181, 357-359.

dans les détails d'importance secondaire pour lesquels la réglementation spéciale est possible, mais encore dans ses réquisits fondamentaux même, que l'on conserve donc un code de commerce à côté du code civil, comment peut exister à son côté un code du travail. Mais ce code civil devra établir les principes fondamentaux de tous les rapports obligatoires et les règles des institutions juridiques, constitués plus solidement, toujours valables, et que le code de commerce appliquera dans les manifestations diverses de l'activité commerciale.

Et il est singulier d'observer que cette solution, suggérée par F. Cosentini est précisément celle à laquelle se sont arrêtés les réformateurs du code civil autrichien, lorsqu'il leur fallut décider s'ils accueilleraient dans le code une réglementation du contrat de travail ou s'ils l'en rejeteraient. La nécessité du maintien des lois particulières était flagrante, mais ils reconnurent en même temps celle de directives fournies par le code, d'affirmations de principes supérieurs à chaque type de contrat distinct. Si l'évolution de l'Autriche dont nous parlions plus haut amenait un jour une refonte de la codification du droit privé, les juristes autrichiens trouveraient dans le chapitre du code révisé consacré au louage de services, le sens et la méthode suivant lesquels devrait se faire une réforme qui ne « détruirait pas, en vue de l'unification, les aspects juridiques particuliers des différentes formes de contrats; les coordonnerait avec les principes généraux qui constituent la base fondamentale du droit et qui tendent d'une part, à contenir dans de justes limites la liberté contractuelle, l'activité spontanée de l'individu, et de l'autre, à mettre mieux en évidence les exigences d'ordre social, les intérêts de la collectivité, la protection des classes prolétaires ». (Cosentini).

II. — INTERPRÉTATION ET TECHNIQUE DU CODE REVISÉ

Le code de 1811 avait eu une carrière heureuse. Non seulement il avait séduit les esprits, mais il avait gagné les cœurs par son allure populaire, sa langue claire et exempte de pédanterie, l'assurance qu'il donnait d'une large liberté, sa brièveté substantielle et sa simplicité. L'esprit tolérant qui l'animait semblait un idéal de législation qu'il eut été difficile de dépasser.

Et pourtant ce code vieillit. Zeiller lui-même (cité par Weinmann) (5) avec beaucoup de clairvoyance annonçait que « le code devrait au bout de plusieurs années être soumis à une critique nouvelle pour qu'on le mit en harmonie avec les progrès du siècle, le degré de culture, les innovations dans les branches connexes des affaires de l'Etat et, en général, toutes les circonstances qui auraient pu être modifiées ». Des critiques s'élevèrent petit à petit contre les faiblesses de son armature systématique, de ses définitions, de ses classifications, et plus récemment contre son défaut de sens social — toute une suite de péchés mortels ou véniels, dont il serait audacieux de dire qu'ils ont disparu du code révisé. Des esprits radicaux prononçaient déjà une condamnation à mort et réclamaient une codification entièrement originale. Jugeant qu'il y avait danger de rompre avec une tradition devenue chère à la nation et si parfaitement adaptée à elle, Unger entreprit dans son célèbre article, paru en 1904 dans la *Grünhut Zeitschrift*, de défendre l'œuvre de 1811 dans ses caractéristiques essentielles et dans sa forme première, la seule qui pût vraiment lui convenir. Dès 1878, Randa avait écrit (6) : « N'oublions pas que la stabilité des situations de droit est d'une importance inestimable et d'une signification immense pour la durée et la prospérité des Etats et des peuples, pour le progrès de l'économie nationale et des échanges ex-

(5) « Die drei Teilnovellen und die Rechtsauslegung » dans *Gerechtshalle*, 1916, N° 16.

(6) Randa. — *Gutachten über das Schadenersatzrecht* 1878.

lérieurs, pour l'affermissement de la conscience juridique générale et la sécurité des droits et des devoirs. C'est pourquoi il nous faut nous appuyer sur ce code, qui repose sur un fondement inviolable, qui a résisté victorieusement à une expérimentation fort longue et qui est devenu le bien commun le plus certain de la nation autrichienne. » Une étonnante communion d'idées existait sur ce problème d'une revision du code civil entre ces juristes autrichiens et M. Planiol, qui, dans la même année 1904 s'exprimait en ces termes (7) : « On demande une revision générale : mais elle est faite, c'est le labeur quotidien des Chambres.... Pareille revision n'est pas seulement d'une utilité faible ou contestable : elle serait dangereuse... On voudrait introduire dans le code certaines conceptions récentes. En cela justement est le danger... Le code Napoléon a duré parce qu'il était impersonnel et exempt de toute idée tendancieuse. Rien ne vieillit si vite que les systèmes doctrinaux... Un code tout neuf est un outil incommode... Ma conclusion sera donc, non pas qu'il ne faut pas faire de réformes, mais qu'il faut procéder par voie de réformes partielles, modérément et avec précaution et que ce serait folie de raser le château pour changer quelques poutres ou quelques ardoises. Les inconvénients certains et les risques possibles d'une telle opération en dépassent de beaucoup les avantages. »

Unger ayant été mis à la tête de la commission de revision, la méthode prudente l'emporta et l'accord se fit sur les matières qu'il convenait de « moderniser ». Mais, après la mort de ce juriste, des sollicitations de plus en plus nombreuses assaillirent la commission pour obtenir qu'elle revisât des questions écartées tout d'abord. Et il fut bientôt évident que la réforme, si elle n'irait pas jusqu'à une refonte totale, prendrait du moins une ampleur que l'on n'avait pu prévoir en 1904. Une tâche nouvelle s'imposait aux réformateurs.

Lorsque le législateur, convaincu de la nécessité

(7) Livre du Centenaire du Code civil, tome II, p. 958 et sq.

d'une réforme, se propose de modifier une institution, une règle juridique, il doit pour donner un fondement solide à son œuvre s'attacher à l'étude des origines de cette règle et des circonstances nouvelles qui rendent nécessaire son abrogation ou sa revision. La méthode expérimentale serait sans doute la plus efficace pour se rendre compte de la valeur d'une réforme. Elle n'est possible, en législation, qu'exceptionnellement. Nous avons signalé dans l'introduction de cette étude un exemple de législation expérimentale : le code de la Galicie occidentale et orientale, mis en vigueur en 1797 sous François II (ce souverain allemand devait devenir en 1801 François 1^{er} d'Autriche). Mais si l'expérimentation directe est irréalisable le plus souvent, du moins l'expérimentation indirecte peut se concevoir ; elle est fournie par les législations des pays étrangers d'un égal degré de développement économique et social. Sans doute réclame-t-elle une méthode critique sûre, une juste appréciation des faits qui accompagnent et expliquent ces législations, beaucoup de tact dans les emprunts qu'on leur veut faire. Ces qualités n'ont pas manqué aux juristes autrichiens, qui ont fait de l'expérimentation indirecte le plus large usage.

Les codifications les plus récentes, et celles qui jouissent d'un prestige incontesté, ont été interrogées par eux avec attention. Sur presque tous les points successivement abordés, les réformateurs ont étudié l'état de la science juridique continentale dans ses expressions les plus modernes. Il est indéniable que le code allemand a exercé l'attraction la plus forte. Mais nous pouvons affirmer dès à présent qu'aucune idée politique ne domina l'œuvre des juristes autrichiens, qu'aucune tentative ou aucun espoir d'unification du droit germanique (première étape d'une organisation unique de la Mittel-Europa) ne se révèle dans tous les documents que nous avons eu sous les yeux. Il s'agissait exclusivement d'un rajeunissement du code de 1811, de ce code parfaitement adapté au peuple autrichien et dont celui-

ci prétendait garder le bénéfice. On ne chercha même pas à frayer la voie à une unification ultérieure de la législation civile dans les limites de l'Empire. L'autorité du projet hongrois, contemporain de la revision, n'apparaît pas supérieure à celle des codes suisses ; le souci d'éviter des divergences avec lui visiblement ne pesait guère dans l'esprit des réformateurs. Toute leur attention s'efforçait à mesurer la valeur des solutions différentes, des institutions nouvelles que leur proposaient les codes étrangers et à prévoir les réactions que leur introduction déterminerait dans l'ordre juridique autrichien. Le résultat de cette prévision, seule, condamnait ou favorisait l'emprunt. Ces emprunts furent faits aux législations germaniques (allemande ou suisse). Un rappel des dispositions correspondantes du code Napoléon est fréquent, à titre d'indication, de point de repère ; mais on peut dire que cette fois, comme en 1811, l'influence des codes latins a été nulle.

A — *De l'interprétation du code révisé.*

La revision n'a en rien modifié les règles d'interprétation, en apparence tout au moins. Les articles 6 et 7 (8) du code ont été respectés. Au plus, pourrait-on soutenir que la suppression du renvoi à l'article 6, dans l'article 914 relatif à l'interprétation des contrats, tend à donner à cette matière plus de liberté. Mais implicitement, en fait, la revision a apporté une modifica-

(8) Art. 6 : Il ne doit être donné aux lois, dans leur application, d'autre sens que celui qui ressort clairement de la signification propre des mots pris dans leur ensemble, ainsi que de l'intention manifeste du législateur.

Art. 7 : Lorsqu'une cause judiciaire ne peut être décidée, ni d'après le texte littéral, ni d'après le sens naturel de la loi, on doit prendre en considération des cas analogues déterminés par les lois, ainsi que les motifs des lois qui se rapportent à des matières analogues. Si même alors la cause demeure douteuse, elle devra être décidée d'après les principes du droit naturel, en ayant égard aux circonstances de l'affaire, qui devront être réunies avec soin et pesées avec maturité.

tion, qui se traduit par une modernisation radicale de la disposition de l'article 6, applicable à l'une des hypothèses qui peuvent se présenter :

Le juge, après avoir éclairci la situation de fait, doit rechercher la règle de droit qui peut de la façon la plus satisfaisante s'appliquer au rapport juridique en litige ; le résultat de cette recherche peut être triple : la découverte d'une règle qui s'y applique sans aucun doute possible ; la conviction, aussi entière, qu'aucune règle ne peut s'y appliquer (art. 7) ; enfin, la possibilité qu'une ou plusieurs règles seraient également applicables (art. 6).

1. — Pour la deuxième hypothèse l'article 7 suggère comme indication les cas analogues déterminés par les lois, ou, comme dernière ressource, les principes du droit naturel. En d'autres mots, il est imposé au juge de découvrir le droit, sans que ses conclusions aient un caractère d'obligation générale (art. 12) (9) ; il devra, soit par extension de dispositions analogues, soit d'après une conviction qu'il s'est librement faite selon sa formation juridique ou son expérience de la vie, décider pour chaque espèce particulière soumise à son jugement.

Cette disposition de l'art. 7 a pris, en présence de dispositions correspondantes des codes modernes, un intérêt de premier ordre. On sait qu'une certaine école, dont Donati est le représentant actuel en Italie (10), veut que tout système juridique devienne par l'interprétation extensive, le recours à l'analogie, l'appel au principe général fondamental, un système complet, un cercle fermé, une clé qui ouvre toutes les serrures pour la solution de chaque cas juridique. Pour la combattre, les

(9) Art. 12. — Les décisions intervenues sur des cas particuliers et les jugements rendus par les tribunaux sur des contestations particulières ne peuvent jamais avoir force de loi, ni être étendus à d'autres cas ou à d'autres personnes.

(10) Voir : Cosentini, *op. cit.* pages 235 et suivantes.

dangers de l'analogie ont été dénoncés : elle tient compte des ressemblances et non des différences ; or, « si dans l'élaboration de sa sentence, le juge doit se laisser guider par une méthode logique, il doit faire des distinctions bien plus que des rapprochements. » L'incertitude des résultats qu'elle permet d'atteindre devrait donc faire « prévaloir le critérium subjectif du juge sur l'esprit objectif de la loi. »

Et c'est ce que permet le code civil autrichien, qui sans doute mentionne l'analogie, mais donne la liberté au juge chaque fois qu'elle lui paraîtra douteuse, de décider selon les principes du droit naturel, c'est-à-dire en réalité selon la conviction qu'il s'est faite en s'appuyant sur l'ensemble de sa culture juridique et son expérience de la vie. Le Code de 1811 rejoint sur ce point le vigoureux mouvement d'opinion qui, en Allemagne surtout, a tendu à rendre moins étroit, sinon à supprimer, l'asservissement du juge à la loi (11). Ce mouvement a d'ailleurs amené le législateur moderne à reconnaître que son œuvre n'est et ne doit être que *l'une* des sources du droit et à abdiquer entre les mains du juge une partie de ses prérogatives. Le code civil allemand en effet, dans son texte définitif (le premier projet adoptant un système semblable à celui que défend Donati aujourd'hui) laisse au juge une grande liberté d'appréciation, tout en la limitant par des formules savamment calculées, qui constituent un de ses artifices techniques les plus curieux (11 bis). Le Code civil suisse, non seulement réserve au juge dans nombre d'articles la faculté de tenir compte des circonstances particulières, mais dis-

(11) F. Geny. — *Interprétation du droit privé positif*. 2^e édition, T. II, p. 330 et suiv. : « Le mouvement du *freies Recht* dans les pays austro-allemands ».

(11 bis) Voir dans Saleilles : *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 91 et suiv., une subtile analyse de l'extension analogique ; la distinction entre l'analogie avec la loi et l'analogie avec le droit, cette dernière étant déjà créatrice de droit ; le problème de l'interprétation dans le système du code allemand.

pose dans son article premier : « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. » — article qui établit donc trois degrés dans l'application du droit : la loi, la coutume, la conviction du juge formée soit d'après la doctrine et la jurisprudence, soit d'après sa conscience.

La similitude des article 7 C.C. autrichien et 1^{er} C.C. suisse est frappante et s'explique, nous le verrons, par la similitude de la technique de ces deux codes.

2. — Pour la troisième hypothèse (possibilité qu'une ou plusieurs règles soient également applicables), la règle est celle de l'article 6 ; rechercher la signification des mots dans leur ensemble et l'intention manifeste du législateur, c'est-à-dire le sens naturel de la loi.

Cette recherche de l'intention du législateur, les tribunaux l'ont souvent poursuivie avec la plus scrupuleuse conscience (12) : les décisions des tribunaux supérieurs, où elle a été poussée jusqu'au Miroir de Saxe ou au Landrecht prussien, ne sont pas rares. La révision du code civil général produit cette conséquence qu'à côté des considérations des rédacteurs mêmes du code, telles que nous les révèlent les travaux préparatoires, s'imposent aujourd'hui, pour l'interprétation et la découverte du droit, les opinions des auteurs de la réforme. Faut-il en conclure que les premières continueront de valoir pour celles des dispositions du code qui ne furent pas modifiées, alors qu'il faudrait pour les textes révisés s'attacher aux secondes ? Pareille distinction dans la plupart des cas serait, en logique et pratique-

(12) « Das öesterreichische A.B.G.B. nach den Teilnovellen » par Dr. J. v. Schey, dans Deutsche Juristenzeitung 1917, N^{os} 1-2.

« Das A.B.G.B. nach den drei Novellen », par Dr. J. v. Schey, dans Gerichtszeitung, 1916, N^o 51 et 52.

ment, insoutenable. La dépendance intime des règles du droit ne permet pas la co-existence de deux mesures. Et dorénavant, en recherchant l'intention manifeste du législateur, il est certain que le regard s'attachera au présent et ne s'écartera plus des matériaux accumulés depuis vingt ans, rejetant d'un seul coup toutes les sources qui appartiennent à une période antérieure et vieillie.

Le progrès réalisé de la sorte est considérable. La jurisprudence trop souvent était obligée de s'égarer vers des points de vue, dépassés par un siècle dont l'évolution avait été foudroyante. Le monde, où vivaient les rédacteurs de 1811, connaissait une conception de l'Etat, des classes et des organisations sociales, de l'individu et de sa libre activité, que personne n'accepterait plus de nos jours. Il ignorait les très nombreux rapports que devait produire cette évolution et qui forcèrent l'attention du législateur ; il ne pouvait soupçonner les devoirs nouveaux, qui en naîtraient dans l'intérêt de l'ordre général, et ceux mêmes des problèmes, qui sont communs aux deux époques se présentent sous des aspects bien différents : Que l'on compare la politique financière d'aujourd'hui, et son souci de développer le crédit, avec les idées qui prévalaient sur ce point au temps de la codification ; ou encore la toute récente législation de guerre avec le maigre appareil de prescriptions légales prévues jusqu'ici pour les relations exceptionnelles nées de la guerre. Et l'on reconnaîtra que les nouvelles ont apporté dans de vieux murs justement respectés un grand souffle d'air pur, que les juristes autrichiens ne peuvent accueillir qu'avec joie.

Quels sont, plus particulièrement, les matériaux récents où la jurisprudence et la doctrine rechercheront l'intention du législateur et tenteront de découvrir le droit ?

Ce sont d'abord les travaux préparatoires des lois particulières et les documents, qui ont précédé et en-

touré l'œuvre de revision : délibérations des commissions, éclaircissements du rapporteur, communications du gouvernement. Leur autorité n'est pas absolue. Mais ils présentent une interprétation bienveillante du texte législatif, qui donnera un relief plus accusé à tout ce qu'il peut contenir d'heureux.

Une autre source est constituée par les législations étrangères, dans la mesure du moins où elles ont servi d'exemple et où des emprunts leur ont été faits.

S'il est vrai que le code allemand ait inspiré les réformateurs plus que tout autre, il serait cependant singulièrement erroné de prétendre qu'il y ait eu, dans le code autrichien révisé, copie servile des textes ou réception purement mécanique de groupes de dispositions du code civil allemand. Lors des travaux de revision, l'Allemagne avait expérimenté sa nouvelle législation civile depuis plusieurs années déjà et certains enseignements commençaient de s'en dégager. Le caractère théorique de ses formules qui prétendent englober tous les rapports de la vie juridique privée, un excès de raideur logique ailleurs, partout une langue d'une lourde et rigoureuse précision scientifique, rebutaient un peu et rendaient improbable une réception aveugle par des juristes autrichiens, plus soucieux de mesure et plus sensibles à l'infinie variété de la réalité. Le procédé même d'après lequel se fit la revision exclut cette possibilité. Il n'est pas d'exemple que le code révisé ait accueilli tout un complexe de dispositions du code allemand (ce qui entraînerait l'autorité dans le domaine juridique autrichien de la jurisprudence et de la doctrine allemandes, qui s'y rattachent). Seules des règles isolées ont été adoptées ; et, alors même que leur énoncé n'a pas été altéré, il n'est pas rare que, transplantées dans un milieu nouveau, elles aient revêtu une physionomie nouvelle.

En voici un exemple : l'article 879 al. 4 du code révisé, qui dispose que l'usure est contraire aux bonnes mœurs et nulle comme telle, est clairement inspiré de

l'article 138 du code allemand ; de part et d'autre, la disproportion flagrante entre la prestation et la contre-prestation est le signe distinctif de la situation. Mais dans le code autrichien, cette règle nouvelle prend place à côté de la lésion d'outre-moitié, dont parle l'article 934. Et le juge autrichien devra résoudre la question — qui ne se pose pas pour son collègue allemand — de savoir si la disproportion flagrante de l'article 879 peut dépasser la « *laesio enormis* » de l'article 934.

De même, depuis que le nouvel article 168 C.C. autrichien s'approprie la règle de l'article 1716 C.C. allemand, que la mère naturelle, dès avant la naissance de l'enfant, a certains droits à faire valoir contre le père, le juge autrichien ne peut oublier, lorsqu'il décidera de la vraisemblance de la paternité, que ces droits pèsent plus lourdement dans un système qui ignore l'« *exceptio plurium concubientium* » que dans celui où l'exception est admise (art. 1717 C.C. allemand).

En sens inverse, lorsque le code révisé emprunte d'une façon générale à la loi allemande la réglementation d'un rapport juridique en omettant cependant certaines dispositions, cette omission peut avoir une double signification : 1 — le rejet de la disposition omise : tel l'article 864 C.C. autrichien (acceptation tacite de l'offre) qui, se référant sinon à l'article 151 C.C. allemand, ne reproduit pas l'alternative « ou que l'auteur de l'offre y a renoncé », pour assurer la protection contre les offres importunes ; tel encore l'article 970 C.C. autrichien (responsabilité de l'hôtelier pour les objets précieux), qui omet l'alternative de l'article 702 C.C. allemand « ou qu'il en ait décliné la garde ».

2 — La question réglée dans le code allemand reste ouverte pour le droit autrichien, qui répugne à une casuistique abstraite, et doit être jugée d'après les circonstances : telle la brève disposition de l'article 860b (qui vise l'accomplissement par plusieurs du fait pour

lequel une récompense a été promise) comparée aux articles 659 et suivants du code allemand ; ou encore la réglementation en deux articles des stipulations pour autrui (art. 881 et 882) comparée aux huit articles du code allemand (art. 328-335).

Il est une question d'un ordre plus élevé dans laquelle l'influence du code allemand a été décisive — non pas qu'il ait suggéré l'accueil d'une innovation qui lui est propre, mais parce que son insistance sur ce point a conduit les réformateurs autrichiens à donner un relief nouveau à une idée ancienne déjà : il s'agit de l'affirmation du principe que le droit doit toujours être invoqué et appliqué, par les parties comme par le juge, sous les auspices de la bonne foi (loyauté et confiance réciproques) et des bonnes mœurs. A plusieurs reprises, et dans les articles 863 et 914 notamment, le code parle des « usages admis dans les rapports honnêtes », qui répondent à « la loyauté et confiance réciproques en corrélation avec les usages admis en affaires » des articles 157 et 242 C.C. allemand. Cette indication répétée était-elle vraiment nécessaire ? On en peut douter, nous l'avons dit plus haut. L'idée était familière aux codificateurs. Zeiller écrivait en effet (*Kommentar*, I, 7) : « Il faut toujours supposer les hommes pensant équitablement et portés à garder les droits d'autrui comme les leurs. »

Mais, puisque le principe reçoit une consécration nouvelle, dans le code révisé, il invite à un examen plus attentif. En réalité, il comporte deux aspects :
1 — Il s'attache tantôt à la notion de « bonnes mœurs », qui évoluera en même temps que les idées morales reçues par l'assentiment général. Toute atteinte à cette notion vicie l'opération et conduit à l'illégalité : « Un contrat qui blesse les bonnes mœurs est nul » (art. 879). « Celui qui cause intentionnellement un dommage d'une manière qui blesse les bonnes mœurs est responsable » (art. 1295, al. 2).
2 — Tantôt il affirme que les déclarations des parties doivent être entendues

de la manière reconnue par la pratique honnête et courante (art. 863 et 914), c'est-à-dire de bonne foi. Le code allemand parle de bonne foi en deux articles, sans que ceux-ci présentent une répétition : l'article 157 établit quel est le contenu du contrat et détermine ce qui est dû ; l'article 242 (13) parle de la manière dont doit être exécutée la prestation et donne par là pouvoir au juge de régler cette exécution, et d'augmenter ou de diminuer la prestation. L'expression la plus forte de ceci se trouve dans la formule que l'on rencontre parfois dans des décisions allemandes : « la prétention du plaignant est, d'après la lettre et l'intention du contrat, fondée, mais sa mise en œuvre blesse la bonne foi ». C'est dans ce sens que R. Sohm a dit que l'article 242 C.C. allemand qu'il met dans les mains de la jurisprudence « l'épée de feu avec laquelle elle est en mesure de pourfendre tous les autres articles du droit des contrats ».

Observons ici que si la revision réalise un progrès du droit en énonçant une idée juridique déjà en germe dans l'ancienne législation, elle lui donne en même temps ses limites. Quelles sont ces limites et jusqu'à quel point la bonne foi du code révisé ressemble-t-elle à celle du code allemand ? Il y a eu réception (pour autant que ce terme soit exact) de l'article 157 C.C. allemand ? Il y a eu rejet de l'article 242. Il ne résulte de ce rejet aucune lacune dans la loi, qui ne puisse être comblée par une libre interprétation. Le code révisé répond au problème, résolu par l'article 242, d'une façon différente et sans doute plus satisfaisante à l'aide de l'article 1295 qui se termine par ces mots : « il n'est cependant responsable, si le dommage a été causé par l'exercice d'un droit, que si l'exercice de ce droit avait manifestement pour but de nuire à autrui. » La poursuite de l'exécution d'une prestation est évidemment l'exercice

(13) Art. 242. — Le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exigent la loyauté et la confiance réciproque en corrélation avec les usages admis en affaires.

d'un droit. Mais celui-ci est, de la façon la plus nette, condamné par le droit autrichien, non seulement lorsqu'il est contraire aux bonnes mœurs, mais chaque fois qu'il recherche clairement le préjudice d'autrui. C'est là une réglementation plus stricte, moins extensible et donc moins dangereuse que celle de l'article 242 C.C. allemand.

Le phénomène, que nous signalions à propos des emprunts au droit allemand, d'une disposition légale se chargeant d'un sens nouveau sans qu'elle ait subi de modifications extérieures, mais par le seul fait de sa mise en contact avec des dispositions qui lui étaient jusque là étrangères, n'est nullement limité à ses emprunts. Une réaction semblable s'est produite au sein même du code révisé par l'insertion d'éléments, produits de conceptions juridiques modernes.

L'introduction de ces éléments a donné lieu parfois à des cas nouveaux d'application des règles par voie d'analogie : le locataire, par exemple, qui en raison de la conduite du bailleur perd le bénéfice du contrat, peut aujourd'hui introduire avec succès une demande en réparation du dommage en s'appuyant sur l'article 1162b, qui permet cette demande à l'employé lorsque l'employeur lui donne un motif légitime de le quitter immédiatement. Parfois aussi, cette introduction a rendu impossible une extension analogique admise : la responsabilité pour les auxiliaires ne donne plus lieu, depuis qu'il existe un article 1313a, à une extension de la responsabilité « ex recepto cauponum » (art. 970), d'autant plus que l'article 970 révisé énumère les entrepreneurs qu'il convient d'assimiler aux hôteliers. Il existait, de même, une véritable lacune dans le code relative aux immeubles non inscrits dans le livre foncier ; la doctrine dominante cherchait à la combler en leur étendant par voie d'analogie les règles applicables aux meubles ; l'article 367 lui-même était accepté pour eux. Depuis que des règles positives ont en grande partie

comblé cette lacune (art. 431, 451, 461 nouveaux), et que d'ailleurs la revision s'est nettement proposé le but de rapprocher la situation légale des immeubles inscrits et non inscrits au livre foncier, cette analogie ne saurait plus se soutenir.

Dans d'autres cas, l'interprétation par le juge fera naître de la matière juridique des nouvelles des réactions que le législateur n'avait probablement pas prévues. L'« amélioration » de la chose est aujourd'hui mentionnée dans l'article 932 (garantie des vices en matière de vente) et dans l'article 1167 (garantie des vices en matière de contrat d'ouvrage). Il est impossible que l'alternative entre l'amélioration et la diminution du prix soit interprétée de la même manière dans les deux hypothèses. Car l'intérêt du vendeur n'est pas égal à celui de l'entrepreneur. L'entrepreneur a exécuté le travail pour répondre au désir, au besoin individuel de son client ; son intérêt, en cas de malfaçon qu'il est possible de corriger, est que l'occasion de cette correction lui soit fournie, la fixation d'un prix proportionnellement réduit devant presque toujours lui causer un lourd préjudice, de même que l'abandon du contrat. Pour le vendeur, l'intérêt d'une amélioration est moindre : il lui est le plus souvent possible d'opérer une nouvelle vente et par conséquent même l'abandon du contrat, ou la réduction du prix l'atteignent de façon moins brutale. Il en résulte que la jurisprudence, en appliquant l'article 1167, tentera chaque fois qu'il se peut d'écarter le droit d'option du client, alors que l'alternative pourra jouer librement pour l'article 932.

C'est aussi dans les articles 932 et 1167 que se trouve la réponse à la question : qu'advient-il lorsque la prestation due n'est pas à la vérité absolument impossible, mais exorbitante pour le débiteur ? L'ancien code ne contenait qu'une seule indication dans une hypothèse très spéciale (art. 662) (14). Aujourd'hui, la dispo-

(14) Art. 662. — ...Mais si le testateur a ordonné expressé-

sition qui termine l'article 932 refuse d'admettre que l'on puisse faire valoir une demande de garantie, lorsque la diminution de valeur n'a été qu'insignifiante ; et l'article 1167 dispose que l'auteur de la commande ne peut exiger l'amélioration de la chose, si celle-ci entraînait une dépense exagérée. Et comme corollaire, il faut décider, par analogie avec l'article 1447, qu'il y a lieu pour le débiteur de restituer tout ce qui peut être pour lui une source d'enrichissement.

Mais, pas plus dans le code autrichien révisé que dans le code allemand, on ne trouve de principe général d'après lequel les contrats ne vaudraient que si les circonstances, qui ont entouré leur formation, ne se sont pas modifiées. La « *clausula sic rebus stantibus* » est ignorée des deux législations pour les obligations contractuelles. Pour les avant-contrats, cependant, la clause est sous-entendue de façon générale par l'article 936 (15) du code autrichien et pour le seul avant-contrat de prêt par l'article 610 C.C. allemand (16). Mais il y a

ment qu'une chose déterminée appartenant à autrui fût achetée pour être donnée au légataire et que le propriétaire ne voulût pas l'aliéner pour le prix d'estimation, c'est cette valeur qui doit être payée au légataire.

(15) Art. 936. — La stipulation par laquelle on convient de conclure un contrat dans l'avenir n'est obligatoire que lorsqu'on a déterminé l'époque de la conclusion, ainsi que les conditions principales du contrat, et que les circonstances n'ont pas changé dans l'intervalle de manière à ce que le but expressément déterminé ou résultant des circonstances ait été rendu impossible, ou encore, que la confiance de l'une ou de l'autre partie se trouve détruite ; en général, l'accomplissement de semblables promesses doit être poursuivi au plus tard dans l'année qui suit le terme fixé ; dans le cas contraire, le droit est éteint.

(16) Art. 610. — Quiconque promet de réaliser un prêt de consommation peut, dans le doute, révoquer sa promesse lorsque la situation de fortune de l'autre partie subit une aggravation essentielle mettant en péril la prétention au remboursement.

dans l'article 321 (17) du même code une provision qui se rapproche singulièrement d'une clause générale « *sic rebus stantibus* », sans toutefois qu'elle lui soit équivalente. On pourrait croire, à première vue, que le nouvel article 1052 du code révisé suit cet exemple. Il n'en est rien ; car, alors que dans l'article 321, c'est la modification dans l'état des patrimoines qui est l'élément déterminant, dans l'article 1052, c'est l'erreur involontaire sur cet état, qui peut-être existait déjà au moment de la conclusion du contrat. L'hostilité du droit autrichien à l'égard de la clause se trouve en fait renforcée par cette différence de rédaction. Et ceci nous donne un exemple de plus que, là où se révèle une influence manifeste du droit allemand, l'on ne saurait conclure sans légèreté à la réception totale et docile par les réformateurs de la pensée du législateur étranger.

B. — *De la technique du Code révisé*

La technique de la législation, selon Geny (18), consiste essentiellement dans l'ensemble des procédés au moyen desquels la loi écrite se trouve adaptée à son rôle spécifique, qui est la fixation de règles impérieuses, catégoriques propres à établir une délimitation certaine des intérêts humains en conflit et à assurer l'ordre nécessaire au développement de la vie sociale. Or, comme le langage reste l'instrument technique le plus nette-

(17) Art. 321. — Celui qui, en vertu d'un contrat synallagmatique, est obligé à exécuter le premier, peut, lorsque après conclusion du contrat il se produit dans la situation patrimoniale de l'autre partie une diminution de valeur essentielle, susceptible de mettre en péril la prétention relative à la contre-prestation, refuser la prestation qui lui incombe jusqu'à ce que la contre-prestation ait été effectuée ou qu'une sûreté ait été fournie en ce qui la concerne.

(18) F. Geny. — La Technique législative dans la codification civile moderne (Livres du Centenaire du Code civil, volume II, p. 994).

ment caractérisé de toute la vie sociale, la technique juridique aboutit fatalement, pour la plus grande part, à une question de terminologie. Un code est dans un certain sens une œuvre littéraire, qui doit « présenter les qualités requises de toute œuvre littéraire qui s'adresse à l'intelligence et à la volonté plutôt qu'à l'imagination et au sentiment : unité, ordre, précision, clarté. »

C'est l'absence ou la présence de ces qualités que nous allons à présent tenter de découvrir dans le Code civil autrichien révisé.

Deux codes s'offraient à lui en exemple, dont les techniques très différentes méritent de nous retenir un instant :

Le Code civil allemand prétend établir un système législatif complet de tout le droit privé positif de l'Empire et de développer dans ce but, en règle générale, tous les rapports de la vie privée propres à être reconnus juridiquement. Le plan qu'il adopte est rationnel, didactique ; c'est celui des livres de Pandectes, sauf dans sa partie générale dont le contenu n'est pas fait, comme on pourrait s'y attendre, de définitions d'allure abstraite sur le droit subjectif et autres postulats fondamentaux de la science juridique, mais bien de véritables réglementations de droit positif sur des matières qui ne rentraient dans aucune des parties spéciales. Pour ce qui regarde la nature intrinsèque des dispositions légales, il est à noter que l'on a évité les explications de principe, les conceptions de caractère doctrinal et, là même où il a fallu implicitement en adopter une afin de prendre parti sur les solutions à consacrer, il a été entendu qu'elle restait soumise à la libre appréciation et aux fluctuations de la doctrine ; on s'en est tenu à des formules concrètes, à des dispositions embrassant strictement et directement les rapports de fait. Les renvois d'articles à articles sont nombreux et rendent parfois ardue la compréhension des textes (cf. art. 323 et 325).

Quant à la terminologie, on a pu dire (19) qu'une langue nouvelle, grâce au code, est en voie de se former, qui ne se serait jamais formée sans lui, et qui fixe avec une extrême rigueur la terminologie juridique, plus flottante et plus imprécise en Allemagne que partout ailleurs. Geny conclut son examen de la technique du code allemand (op. cit. p. 1022-1027) par ces mots : « Au total, avec ses tendances généralisatrices, avec la construction strictement logique de ses dispositions, avec l'acuité des conceptions dont il s'inspire, avec l'homogénéité de sa syntaxe et la rigueur presque monotone de sa terminologie, le Code civil de 1896 nous apparaît comme une œuvre strictement réglementariste, et l'ensemble de sa technique produit une impression de méthode, de raideur, de conséquence logique, qui ne laisse pas que de séduire fortement l'esprit. »

Le Code civil suisse nous transporte dans une toute autre atmosphère (20). Le but, ici, était de faire une œuvre intelligible non seulement aux juristes, mais à tout citoyen. La concision, idéal de toute législation populaire, en est grande. Il indique, en des articles brefs, les préceptes généraux et leurs applications les plus importantes ; il retrace, en une formule large et plastique, les caractères fondamentaux que le législateur entend attribuer aux différentes institutions juridiques : il signale sommairement les atténuations possibles, sans jamais descendre dans les détails. Le plan adopté par le code civil se rapproche de celui du code allemand ; quant au plan du Code des obligations, qui forme la dernière partie du code civil, il suit l'ordonnance du code français. Le style auquel s'est arrêté l'auteur de cette codification, le professeur E. Huber, s'op-

(19) Saleilles. — Introduction à l'étude du droit civil allemand, p. 110-116.

(20) R. Guex. — Le droit civil en Suisse de 1869 à 1919 (Livre du Cinquantenaire de la Société de Législation comparée, tome I, p. 329).

pose violemment à la lourdeur savante de la langue choisie en Allemagne. Celle du code suisse est fort simple, presque familière ; elle évite le plus possible les expressions purement techniques et tend à l'intelligibilité plus qu'à la rigueur scientifique. Ses formules sont un peu lâches et prêtent parfois à des interprétations très diverses. Il n'est pas rare que les solutions qu'il adopte rejoignent celles du code allemand ; mais, au rebours de celui-ci, il est essentiellement un cadre de directives juridiques plutôt qu'un ensemble de prescriptions destinées à régler tous les rapports de droit. Bâti sur une pareille conception, ce code devait contenir des lacunes. Elles sont voulues et ont pour but et pour effet d'assurer au juge une part essentielle dans la création du droit. Ce point a été éclairci plus haut.

Si le code suisse au total se présente comme un perfectionnement, une adaptation présente de la technique législative en germe dans le Code Napoléon, que penser du Code civil autrichien révisé ? Où se place-t-il entre ces extrêmes, « le code allemand à la technique ardue, serrée, doctrinaire, qui prétend faire passer tout le droit positif sur le lit de Procuste de la loi écrite ; et le code suisse dont les procédés souples, malléables, élastiques, d'une méthode plus large plus humaine, témoignent aussi, il faut bien le dire de quelque défiance à l'endroit de la capacité législative. » (Geny, p. 1032) ? Il faut le placer fort près du code suisse, sans contredit.

Sa technique est restée celle du code de 1811, ou plutôt son absence d'une technique sérieusement réfléchie et constamment appliquée, car pareil souci est resté, comme pour le Code Napoléon, à peu près étranger à ses rédacteurs. Sans doute une œuvre de pareille envergure n'a-t-elle pas été élevée au hasard, sans préparation. Mais cette préparation fut bien plus inconsciente que raisonnée ; elle s'était nourrie d'un long commerce avec les esprits du siècle préoccupés des fa-

çons de gouverner des Etats et de leur donner de sages lois. Martini et Zeiller étaient professeurs de droit naturel ; et la pensée de Montesquieu leur était familière. L'inspiration philosophique que Geny croit reconnaître dans le Code Napoléon est flagrante dans la codification de 1811. Les aphorismes de Montesquieu : « Le style des lois doit être concis » ; « Il est essentiel que les paroles des lois éveillent chez tous les hommes les mêmes idées » ; « Les lois ne doivent point être subtiles ; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement ; elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille » s'adaptent à merveille aux textes du code autrichien.

Et la revision s'est efforcée de n'y rien changer.

Le plan, qui est celui des Institutes de Gaius et de Justinien, a été respecté. Le projet de 1912, à vrai dire, pour permettre de mesurer l'importance de l'œuvre accomplie, avait groupé les textes dans un ordre systématique et pleinement satisfaisant. Mais l'insertion de ces textes nouveaux et révisés aux lieux et places des dispositions anciennes avait empêché toute refonte du plan du code, quelles que fussent ses faiblesses. De plus, cette insertion n'était possible que si l'ensemble des matières demeurait sensiblement le même. Ce fut là une autre préoccupation des réformateurs : le code devant rester une somme de principes directeurs, les réglementations détaillées nouvelles (conseils de tutelle, modifications conventionnelles au rang des créanciers hypothécaires, etc.) devaient rester en dehors du cadre traditionnel du code et faire l'objet de lois spéciales. Lorsque des dispositions additionnelles, relatives à des matières déjà traitées, furent jugées nécessaires, leur insertion fut rendue possible par l'abrogation de dispositions d'une valeur législative nulle, ou, si ce procédé ne pouvait être employé, par le dédoublement des articles. Le respect de l'apparence extérieure du code de 1811 fut assez fort pour que l'on ne corrigeât pas des erreurs évidentes de classification : telle la réglementa-

tion des contrats d'édition et des prestations illicites au chapitre du louage de services. Toutefois, lorsqu'une matière entièrement nouvelle, comme la promesse publique de récompense, fut incorporée au code, les réformateurs eurent le souci de la glisser dans un endroit qui répondait parfaitement à la conception qu'ils se faisaient de cette institution.

L'unité matérielle du code a du moins été sauvegardée : il continue de former le répertoire complet des principes de la législation civile et c'est sur le fondement de ses seules règles que se fera dans l'avenir l'élaboration du droit.

Pour l'unité de ton, nous avons vu ce qu'était le style dans l'œuvre de 1811 : simple, concis, direct et exempt autant qu'il se peut de technicité. Les formules générales abondent. Et ce qu'une pareille rédaction peut avoir d'un peu vague est corrigé, dans le code autrichien comme dans le code suisse, par son corollaire indispensable, par le rôle étendu réservé au juge dans la création du droit. De l'aveu même de M. von Schey un grand effort a été fait pour sauver ses qualités de clarté et d'élégance, tout en apportant en de nombreux articles, par une rédaction nouvelle, une précision de la pensée du législateur. Ce souci de précision n'a cependant pas entraîné la fixation d'une terminologie spéciale, ni le recours, si fréquent dans le code allemand, aux définitions légales. Tout au plus pourrait-on découvrir çà et là quelques traces d'une influence de ce mode de rédaction (dans les dispositions relatives à l'assignation et à la reprise de dettes en particulier), bien que, là même où le code allemand a servi de modèle, il soit fort exceptionnèl que les termes mêmes dont il se sert aient été reproduits. Et l'on peut affirmer, sans se tromper, que l'unité de ton, elle aussi, a survécu à la revision.

Mais en est-il encore ainsi pour l'esprit qui anime le Code révisé ? Peut-on dire aussi que son esprit n'a

subi aucune altération ? Von Schey définit cet *esprit* : le produit dernier du raisonnement inductif s'exerçant sur les dispositions éparses du code, précises et adaptées à des buts sociaux grands ou petits ; et de ce produit, l'on peut à rebours, par déduction, extraire la règle non formulée encore pour l'espèce, le cas particulier et unique. On a dit avec quelque ironie qu'à partir du premier janvier 1917 deux esprits animent le code autrichien, un esprit vieilli et conservateur pour les articles demeurés inchangés, un esprit jeune et progressif pour les parties nouvelles. En serait-il vraiment ainsi ? Poser la question, répond von Schey, est déjà une erreur.

De même que l'interdépendance des textes du code rend impossible que, pour leur interprétation, l'on se réfère tantôt au point de vue qui prévalait à la fin du xviii^e siècle, tantôt aux considérations émises depuis le début du xx^e, de même cette interdépendance fait que l'activité du raisonnement inductif (source de l'esprit de la loi) est tenue en éveil au cours des temps et n'a de cesse que tous les éléments, disparates parfois, anciens ou récents, dont se compose la loi, aient été unis dans une synthèse. Le produit de cette induction ne peut être qu'unique. Une loi vient-elle apporter une idée inédite adéquate à un rapport nouveau, l'introduction de cet unique facteur modifiera le produit nécessairement, et nécessairement dans le sens de ce facteur. L'évolution de l'esprit de la loi se fera donc toujours dans un sens moderne.

Le seul examen des matières qui retinrent l'attention des réformateurs montre de manière flagrante leur soumission aux exigences présentes de la vie économique et aux états actuels de la conscience juridique. Sur une codification qui a pour base de ses dispositions la situation économique et sociale de l'Europe au début du xix^e siècle, il fallait greffer des règles faites pour une société nouvelle dans laquelle le caractère des patrimoines s'est profondément modifié, qui tire de leurs

éléments mobiliers la plus grande partie de ses richesses, où la cellule familiale s'est dissociée, où l'individu a décuplé sa puissance et où cependant, par le fait même de cette puissance, la nécessité des solidarités sociales se fait d'autant plus sentir — greffe délicate dont les réformateurs se sont tirés avec adresse : admission des femmes à la tutelle, protection de la mère et des enfants naturels ; établissement d'un régime successoral plus proche de la réalité ; formes de mobilisation du crédit immobilier fondé solidement sur le système des livres fonciers ; facilités de circulation de la fortune mobilière dans ses éléments actifs et passifs ; garanties essentielles accordées aux valeurs mobilières ; pleine liberté des conventions privées allant jusqu'à l'admission de la promesse unilatérale ; une réglementation plus soucieuse des intérêts des personnes qui engagent leurs services ; une affirmation plus énergique (rendue opportune par le relâchement des mœurs qui a suivi la guerre) de la nécessité des relations honnêtes en affaires — toute une législation, où se retrouvent le goût de la mesure, le souci de l'équilibre, un éloignement très vif à l'égard des exagérations logiques et des subtilités abstraites, enfin une science souple et sûre.

Et pourtant, il est à craindre que les concessions faites aux nécessités économiques et aux conceptions sociales modernes aient été trop timides et soient insuffisantes. Une réglementation de la personnalité juridique, de l'association non commerciale, qui devrait trouver sa place dans toute œuvre législative d'ensemble sur le droit civil, a été complètement négligée. Le rôle grandissant des groupements sociaux n'apparaît nulle part dans ce code. L'équilibre, l'harmonie à établir entre la liberté et la solidarité, entre les droits intangibles de l'individu et ceux de la collectivité ne sont pas réalisés par lui. Législation de transition, dans l'attente de ce que sera la société de demain, le code autrichien révisé résistera mieux cependant que le code

allemand à l'évolution future, en raison de sa plus grande souplesse et de la possibilité qu'il laisse à la jurisprudence de l'adapter par une libre interprétation aux besoins à venir. Seule, une refonte complète, c'est-à-dire en réalité une œuvre entièrement nouvelle, élaborée selon la technique esquissée par Geny (p. 1036 et suivantes) ou selon tout autre, aurait aujourd'hui quelque chance de longue vie. Pareille refonte, les réformateurs ne l'ont pas voulue.

Rendue publique, leur œuvre leur échappe ; elle vivra et réagira non pas comme ils l'avaient prévu, mais comme son contenu objectif doit vivre et réagir dans le milieu où on le place. Et, soumis à cette épreuve, le Code civil autrichien révisé vérifiera, nous l'espérons, les mots si pleins de modestie, que prononçait R. Sohm, il y a quarante ans : Un code se révèle toujours meilleur, plus sage, plus clair, d'une substance plus riche que la pensée de ses rédacteurs. »

Vu : *L'Assesseur du Doyen*,
M. TRUCHY.

Vu : *Le Président de la Thèse*,
R. DEMOGUE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
P. APPELL.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Textes et Documents officiels

- 1° Regierungsvorlage : Beil. zu den Stenogr. Protok. des Herrenhauses Nr. 29, XVIII Session (1907).
- 2° Regierungsvorlage : Beil. Nr. 3, XIX Session (1908).
- 3° Regierungsvorlage : Beil. Nr. 2, XX Session (1909).
- 4° Erläuternde Bemerkungen : Beil. Nr. 2, XXI Session (1911).
- 5° Entwurf des Subkomitees der Juridischen Kommission des Herrenhauses (1909).
- 6° Entwurf und Bericht der Juridischen Kommission : Beil. Nr. 78, XXI Session (1912).
- 7° Beschluss des Herrenhauses (19 déc. 1912) : Beil. Nr. 1787 zu den Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses, XXI Session.
- 8° Kaiserliche Verordnung vom 12 Oct. 1914 : R. G. Bl. Nr. 276.
- 9° Erläuterung des Justizministeriums zu der Kais. Ver. ; Verordnungsblatt des J. Min. 1914, St. XXVII.
- 10° Kaiserliche Verordnung vom 22 Juli 1915 : R. G. Bl. Nr. 208.
- 11° Kaiserliche Verordnung vom 19 März 1916 : R. G. Bl. Nr. 69.
- 12° Mitteilung über die Kais. Verord. : Verbl. des J. Min. 1916, St. VI.

II. — Codes

- 1° Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich (Grosse Ausgabe), von Dr. J. Freiherrn von Schey (1922).
- 2° Le Code civil général de l'Empire d'Autriche, traduit par A. Declercq (1836).
- 3° Bürgerliches Gesetzbuch vom 18 Aug. 1896 (Beck'sche Ausgabe, München, 1922).
- 4° Code civil allemand. Traduction de l'Office de Législation étrangère et de Droit International (1904-1914), 4 vol.
- 5° Le code fédéral des obligations, par Schneider et Fick (2 vol.) 1918.
- 6° Le code civil suisse, par Rossel et Mentha (2 vol.).

III. — Ouvrages généraux

- 1° ZEILLER : Kommentar über das A.B.G.B. (1811-1813).
- 2° PFAFF und HOFMANN : Kommentar zum österr. A.B.G.B. (1877-1887).
- 3° UNGER : System des österr. allgemeinen Privatrechtes (5^e édition 1892).
- 4° STUBENRAUCH : Kommentar zum österr. A.B.G.B. (8^e édition 1902).
- 5° KRASNOPOLSKI.-KAFKA : « Oesterreichisches Obligationenrecht » (1910).
- 6° EHRENZWEIG (Krainz) : System des österr. allgemeinen Privatrechts (6^e édition, 1917-1923).
- 7° K. WOLFF : Grundriss des österr. bürgerlichen Rechtes (1923).
- 8° FESTSCHRIFT für Jahrhundert des A.B.G.B. (2 vol. 1911).

IV. — Etudes antérieures à la revision

- ADLER. — Das Anweisungsrecht des A.B.G.B., Grünhuts Zeitschrift, T. 40, p. 189 (1914).
- BARTSCH. — Das Reform des österr. Privatrechts (1908).
- EHRENZWEIG. — Gutachten über d. Entwurf (1908).
- HEDEMANN. — Die Fortschritte des Zivilrechts im 19 Jahrhundert (1910).
- HIRSCHFELD. — Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück (1914).
- HORN. — Die Eigentümerhypothek (1906).
- KAFKA. — Die sachenrechtlichen Bestimmungen im Entwurf, Zentralblatt, 1908.
- KRASNOPOLSKI. — Die Aenderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des A.B.G.B. (1908).
- LAST. — Z. Lehre von der Mittelbaren Leistung, nach geltendem öster. Rechte und nach den Entwürfen einer Novelle, Grünhuts Zeitschrift, T. 37 (1910).
- Verfügungsrecht des Pfand Eigentümers (1908).
- LEEMAN. — D. Reform d. österr. Privatrechts, Schweiz. Jur. Ztg (1909).
- V. MAYR. — Betrachtungen über d. Revisionsentwurf (1908).
- MITTEIS. — D. Entwurf einer Novelle (1908).
- RANDA. — Die Schadenersatzpflicht nach österreichischem Rechte (1907).
- Gutachten über das Schadenersatzrecht (1878).
- Z. Gesetzenlw. betr. die Aenderung und Ergänzung des A. B. G. B. (1910).
- J. v. SCHEY. — Zur Verjährung der Entschädigungsklage nach § 1489 A.B.G.B. (1905).

- STEINLECHNER. — Ueber die Regierungsvorlage einer Novelle (1908).
- STROHAL. — Die Eigentümerhypothek im österr. Rechte, Z. Bl. (1883).
- Die Schuldübernahme (1910).
- TILL. — Der Entwurf einer österr. Zivilgesetznovelle (1908).
- E. TILSCH. — Le Code civil général autrichien, Revue de Droit International et de Législation comparée (1911).
- UNGER. — Legislativ Politische Studie, Grünhut Zeitschrift XXXI (1904).
- WELLPACHER. — Kritische Bemerkungen z. Zivilgesetznovelle (1908).
- Der Entwurf im Herrenhause (1909).
- Die Eigentümerhypothek im Entwurf, Ger. Ztg (1913).
- F. ZALL. — Der fachliche Geltungsbereich der Triennialverjährung nach § 1489 A.B.G.B., (1906).

V. — Etudes postérieures à la revision

- E. ADLER. — Das Verhältniss des Dienstvertragsrechts der dritten Teilnovelle zum A.B.G.B. zu den « Sondergesetzen », Gerichtszeitung, 1917, n° 7.
- J. APFELBAUM. — Bemerkungen zu den Novellen, Gerichtshalle 1917, n° 4.
- Die « laesio enormis » im Verhältnis zum novellierten § 879 A.B.G.B., Gerichtshalle, 1917, n° 30-31.
- B. EISNER. — Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek, Ger. Ztg. 1917, Nos 1, 2, 3, 4, 13, 14.
- M. HANTSCH. — Teilzahlungen und das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek, Ger. Ztg 1919, Nos 23-24.
- Die Grenzstreitigkeiten, Ger. Ztg 1916, N° 48.
- E. HELLMER. — Bemerkungen über die Rückwirkung der dritten Teilnovelle zum A.B.G.B., Ger. Ztg 1917, N° 2.
- A. LARCHER. — Zum Begriff « Viehmängel » nach dem novellierten § 933 A.B.G.B., Ger. Ztg 1919, Nos 23-24.
- C. v. OHMEYER. — Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die zwangsweise begründete Hypothek, Ger. Ztg, 1917, N° 28.
- PISKO. — Der Einfluss der dritten Teilnovelle zum A.B.G.B. auf das Handelsrecht, Zftf. f. d. ges. Handelsrecht, T. 80 1-2, p. 70 et sv.
- F. POLLITZER. — Die Teilnovelle zum A.B.G.B. (12 oct. 1914), Grünhuts Zftf, T. 41, p. 768.
- A. ROJIC. — Bemerkungen über den Erwerb des Pfandrechtes an bürgerlich nicht eingetragenen Liegenschaften, Ger. Ztg. 1917, N° 14.

- H. SCHARFMESSEK. — Die Verjährung nach der Tnov. zum A.B.G.B., Gerhl., 1917, N° 16.
— Der Dienstvertrag nach der dritten Tnovelle., Gerhl. 1917, N° 6.
- H. SCHEIBER. — Die dritte Teilnovelle und die Technik, Gerhl. 1916, N°s 24 et 26.
- J. v. SCHEY. — Die Teilnovelle zum A.B.G.B. (12 oct 1914), 1915.
— Verfügung des Eigentümers über die Hypothek, Ger. Ztg, 1916, N°s 24-25-26.
— Das österr. A.B.G.B. nach den Teilnovellen, Deutsche Juristen Zeitung, 1917, N°s 1-2.
— Das A.B.G.B. nach den drei Novellen, Ger. Ztg. 1916, N°s 51-52.
- E. SCHRUTKA. — Ueber die Zweite Teilnovelle zum A.B.G.B., Ger. Ztg, 1916, N° 9.
- L. SPITZER. — Uebernahme von Hypothekarschulden nach der dritten Tnovelle, Gerhl. 1917, N° 13.
- M. STERNBERG. — Die dritte Teilnovelle zum Allg. B.G.B., Gerhl. 1916, N° 13.
— Die Verjährung nach der dritten Tnov. zum A.B.G.B., Gerhl. 1916, N°s 14-15.
- K. H. STRADL. — Zur Auslegung des § 10 der III Teilnovelle, Ger. Ztg, 1916, N° 29.
- A. WEHLI. — Die obligationenrechtlichen Bestimmungen der III Teilnovelle zum A.B.G.B., Ger. Ztg. 1917, N°s 43-44, 45-46, 47-48.
- WEINMANN. — Die drei Teilnovellen und die Rechtsauslegung, Gerhl. 1916, N° 16.
— § 1101 A.B.G.B. in neuer Fassung, Ger. Ztg 1917, N° 7.
- WOLF. — Das Schadenersatz nach der III Tnovelle, Gerhl. 1917, N°s 1-2-3.

TABLE DES ARTICLES REVISÉS, NOUVEAUX ET CITÉS
DU CODE CIVIL AUTRICHIEN

Articles	Pages	Articles	Pages	Articles	Pages
—	—	—	—	—	—
6	140, 312	—207	40	452	55
7	312	—208	41	456	176
8	15	—211	42	467	179
12	313	216	35	—469	59
—21	20	—246	43	—469a	59
—24	21	—247	44	—470	60
26	127	—248	44	—471	77
—43	22	—252	44	—481	79
—120	23	—255	45	—485	79
—138	23	264	237	526	271
—142	24	—284	45	—540	80
—152	24	294	47	—541	80
154	243	295	178	—551	81
—158	26	297	55	—579	82
—159	27	—297a	46	—581	82
—159a	27	321	273	—586	82
—163	29	322	273	—590	83
—165	29	323	274	—592	83
—166	30	325	150	—597	83
—167	30	343	240	—615	85
—168	30	350	274	662	322
—169	30	—364	50	—716	86
—171	30	—364a	50	—722	86
—174	34	—364b	51	—731	87
—178	34	—364c	51	—741	88
—178a	34	367	175	—742-749	88
—180	35	430	180	—751	88
—182	36	431	53	—754	90
—192	37	—432	53	—756	90
—193	37	—433	54	—757	91
—194	37	—434	54	—758	92
—195	37	—435	54	758 ancien ..	96
—196	38	—436	54	—759	92
—197	38	—437	54	—760	97
—198	38	448	58	770	97
199	40	—451	58	—780	98

NOTA. — Les articles précédés d'un tiret sont revisés.

Articles	Pages	Articles	Pages	Articles	Pages
—784	99	—914	142	1095	168
—785	99	—916	142	—1096	170
—787	100	—917	145	—1097	170
788	98	—918	145	—1098	170
—789	100	—919	145	—1100	173
794	99	—920	146	—1101	173
—796	103	—921	146	—1102	173
—822	104	922	171	—1104	181
—844	106	923	156	—1105	182
—847	106	—924	151	—1107	182
—848	106	—925	151	—1109	183
—848a	106	—926	151	1116	184
—850	107	—927	152	—1116a	183
—851	107	—928	152	—1117	184
—853	107	—931	153	1120	167
—859	115	—932	153	—1121	185
—860	116	—932a	153	—1151	190
—860a	116	—933	153	—1152	190
—860b	117	934	130	—1153	192
861	134	935	131	—1154	193
—862	119	936	323	—1154a	194
—862a	120	951 ancien ..	98	—1154b	194
—863	120	951	156	—1155	194
—864	120	964	158	—1156	198
—870	123	967	239	—1156a	198
—871	123	—970	159	—1156b	199
—875	123	—970a	159	—1157	200
—876	123	—970b	160	—1158	201
—878	125	—970c	160	—1159	202
—879	126	1010	236	—1159a	202
—880a	132	1017	237	—1159b	202
—881	133	—1019	133, 163	—1159c	202
882 ancien ..	104	1036	172	—1160	202
—882	133	1037	172	—1161	203
883	136	1042	278	—1162	203
—884	136	—1047	163	—1162a	203
—885	136	—1052	164	—1162b	204
—886	136	1061	163	—1162c	204
—887	137	—1070	165	—1162d	204
—902	139	1079	165	—1163	207
—903	139	—1080	166	—1164	209
—905	139	—1081	166	—1165	210
912	247	1082	166	—1166	210

Articles	Pages	Articles	Pages	Articles	Pages
—1167	211	—1319	240	—1406	260
—1168	212	—1320	240	—1407	262
—1168a	213	1323	227	—1408	263
—1169	214	1324	227	—1409	265
—1170	215	1326	245	—1410	267
—1170a	215	—1327	242	1418	33
—1171	216	1328 ancien ..	32	—1420	268
—1172	217	—1328	244	—1422	268
—1173	217	—1329	245	—1423	269
—1174	218	—1330	245	—1426	269
—1278	224	—1336	247	—1440	270
1294	229	1344	261	—1446 60,	270
—1295	228	—1346	250	1447	127
1296	226	1347	261	1451	271
1298	158	—1358	251	—1467	273
1304	160	1375	259	—1469	273
—1305	229	1376	267	1478	281
—1306a	231	1386	132	—1480	274
—1307	231	1393	193	—1485	274
—1308	234	1394	262	—1486	276
1310	231	—1400	252	—1487	277
1313	235	—1401	253	—1489	277
—1313a	235	—1402	253	—1490	277
—1314	235	—1403	253	1494	281
—1315	235	—1404	257	1497	281
—1316	238	—1405	259		

TABLE DES MATIERES

PRÉFACE	I
---------------	---

INTRODUCTION

I. — Le droit autrichien avant la codification	1
II. — La codification	2
III. — Les éléments du code de 1811	4
IV. — Le droit civil au cours du 19 ^e siècle	6
V. — La revision du code de 1811	8
VI. — Le code depuis sa revision	16

LES TEXTES REVISES ET NOUVEAUX

OBSERVATIONS	19
--------------------	----

PREMIÈRE PARTIE : *Du droit des personnes*

CHAPITRE I. — Des droits qui ont trait aux attributs de la personne	20
2. Des personnes soumises à une protection spéciale en raison de leur âge ou de leur état mental	20
3. De l'absence	21
8. De la protection du nom	22
CHAPITRE II. — Du mariage	22
Dissolution du mariage	23
CHAPITRE III. — Des droits entre parents et enfants	23
De l'entretien de l'enfant dans les cas de séparation de corps et de divorce	24
De la puissance paternelle	24
Des rapports de droit entre parents et enfants naturels	26
De la preuve de la paternité naturelle	29
De la nature du lien créé entre parents et enfants naturels	29
Fin de la puissance paternelle	34
De l'adoption	35
CHAPITRE IV. — De la tutelle et de la curatelle	36
De la dévolution de la tutelle	37
De la tutelle déferée à une institution	40
De la tutelle déferée à l'autorité publique	41
De la co-tutelle	42
Des cas où le mineur peut s'obliger sans le consentement de son tuteur	43
De la fin de la tutelle	44
Du conseil de tutelle	45

DEUXIÈME PARTIE : *Du droit relatif aux choses*

Des choses et de leur division légale	46
De l'accession	46

PREMIER LIVRE : *Des droits réels*

CHAPITRE II. — Du droit de propriété	50
Des droits naissant du voisinage	50
Des prohibitions d'aliéner et de grever de charges	51
CHAPITRE V. — De l'acquisition de la propriété par tradition	53
Des différentes sortes de tradition	53
CHAPITRE VI. — Du gage	57
De l'acquisition du droit de gage	58
Des droits et des obligations des créanciers gagistes....	59
De l'extinction du droit de gage	59
— Le droit de disposition du propriétaire de l'immeuble sur l'hypothèque qui le grève	65
— Nature du droit de disposition du propriétaire	65
— Conditions d'existence du droit de disposition	69
— Contenu et effets du droit du propriétaire	72
— Renonciation au droit de disposition	74
— Des effets de l'exécution forcée	76
Du droit de rétention	77
CHAPITRE VII. — Des servitudes	79
Du mode d'acquisition des servitudes	79
Des droits naissant de l'existence d'une servitude	79
CHAPITRE VIII. — Du droit successoral	80
Des causes d'indignité	80
De la renonciation au droit de succession	81
CHAPITRE IX. — Des actes de dernière volonté en général et des testaments en particulier	82
De la forme des déclarations de dernière volonté	82
De l'incapacité des témoins aux actes de dernière volonté	83
CHAPITRE X. — Des substitutions d'héritiers et de fidéicommiss Des modes d'extinction de la substitution vulgaire et fidéi commissaire	84
CHAPITRE XII. — Des restrictions apportées aux actes de dernière volonté et de leur révocation	85
De l'annulation par la rédaction d'un testament posté- rieur ou d'un codicille	86
De la révocation tacite.....	86
CHAPITRE XIII. — De la succession légale	87
Des diverses lignes de successibles	87
Du droit de succession entre parents et enfants naturels	90
Du droit de succession du conjoint survivant	91
Des successions en déshérence	97
CHAPITRE XIV. — De la réserve et de son mode de calcul ..	97
Des actions qui appartiennent à l'héritier réservataire	97

Du calcul de la réserve	98
Du droit du conjoint à un entretien convenable	103
Sûreté des créanciers de l'héritier	104
CHAPITRE XVI. — De la communauté de la propriété et autres droits réels	105
Des droits des co-propriétaires	105
Du renouvellement des bornes et de leur rectification	107
DEUXIÈME LIVRE : <i>Des droits personnels sur les choses</i>	
Aperçu général sur la révision des textes relatifs aux rapports obligatoires	110
CHAPITRE XVII. — Des contrats et des actes juridiques en général	115
Du fondement du droit personnel sur les choses	115
De la promesse de récompense	116
De la conclusion du contrat	119
Des conditions de validité du contrat	122
Des caractères possible et licite des contrats	125
Des promesses et des stipulations pour autrui	132
De la forme des contrats	136
Des temps, lieu et mode d'exécution	139
De l'interprétation des contrats	140
Des dispositions générales sur les contrats et les opérations à titre onéreux	144
De la prestation de garantie	151
CHAPITRE XVIII. — Des donations	156
De la réserve	156
CHAPITRE XIX. — Du contrat de dépôt	157
Du dépôt chez les hôteliers	157
CHAPITRE XXII. — Du mandat	163
CHAPITRE XXIII. — Du contrat d'échange	163
Des droits et des devoirs des échangistes	163
CHAPITRE XXIV. — Du contrat de vente	165
De la vente avec réserve du réméré	165
De la vente à l'essai	166
CHAPITRE XXV. — Des contrats de bail à loyer, de bail à ferme héréditaire et de bail à sens héréditaire (emphytéose)	166
Des droits et devoirs réciproques des parties	170
Du loyer	173
Du droit de gage du bailleur	174
1) Sujet du droit	174
2) Objet du droit	175
3) Cause du droit	177
4) Naissance et extinction du droit	177
5) Mise en œuvre du droit	178

6) Conflit avec d'autres droits de gage	179
7) Nature de l'inscription du gage	180
8) Le droit de rétention	181
Des cas où le preneur est libéré du paiement du loyer ..	181
De la restitution	183
De l'extinction du contrat de bail	183
CHAPITRE XXVI. — Des contrats de prestation de services..	186
Contrat de services et contrat d'ouvrage	189
I. — <i>Le contrat de services</i>	192
De la prétention au salaire	193
Des devoirs du maître en cas de maladie	198
De l'extinction des prétentions	199
Du devoir de protection	200
De la fin du rapport de services	200
Du certificat	207
Des dispositions impératives	209
II. — <i>Du contrat d'ouvrage</i>	209
De la garantie des vices	210
De l'inexécution	212
Du devoir de protection	214
Du paiement du salaire	214
De l'extinction du contrat par la mort	216
III. — <i>Du contrat d'édition</i>	217
IV. — <i>Des prestations faites dans un but illicite</i>	218
Du rapport des dispositions du code relatives au contrat de services avec les lois particulières en vigueur	219
CHAPITRE XXIX. — Des contrats aléatoires	224
De la vente d'une succession	224
CHAPITRE XXX. — De la réparation du dommage et de l'in- dennité	224
Du dommage causé avec faute	228
De l'état de nécessité	231
De l'obligation pour les impubères de réparer	234
De l'obligation de réparer née des actes d'autrui	235
Du dommage causé par un bâtiment ou un animal	239
Des diverses sortes de réparation du dommage	242
1) Mort d'un homme	242
2) Séduction d'une femme	244
3) Atteinte à la liberté	245
4) Concurrence déloyale	245
De la peine conventionnelle	247

TROISIÈME PARTIE : *Des dispositions communes
aux droits personnels et aux droits réels*

CHAPITRE I. — De la consolidation des droits et des obligations	250
Des modes de consolidation	250

De l'effet du cautionnement	251
CHAPITRE II. — De la modification des droits et des obligations	252
De l'assignation	252
De la reprise de dette	257
I. — De la reprise d'exécution	257
II. — De la reprise de dette au sens étroit	259
III. — De la reprise de dette cumulative	260
IV. — Des effets de la reprise de dette	262
V. — De la reprise des hypothèques	263
De la reprise d'un patrimoine	265
De la reprise de dette avec effet novatoire	267
CHAPITRE III. — De l'extinction des droits et des obligations	268
Du paiement	268
Du paiement avec subrogation	268
Des quittances	269
De la compensation	270
De la confusion	270
CHAPITRE IV. — De la prescription et de l'usucapion	271
Du temps nécessaire à l'usucapion	273
Délai de prescription en général	274
Des délais spéciaux de prescription	276

LE CODE REVISÉ ET L'ORDRE JURIDIQUE AUTRICHIEN

GÉNÉRALITÉS	283
I. — <i>Le code révisé et le droit commercial</i>	283
A. — Des marques distinctives des entreprises	285
B. — De la concurrence déloyale	288
C. — La responsabilité de l'acquéreur d'une entreprise en raison des dettes antérieures	290
D. — De la situation juridique des préposés commerciaux	291
E. — De l'assignation	293
F. — Conclusion et interprétation des transactions com- merciales	297
G. — De l'exécution des transactions commerciales	299
Du problème de la législation unique en matière d'obliga- tions	302
II. — <i>Interprétation et technique du Code révisé</i>	308
A. — De l'interprétation du Code	312
B. — De la technique du Code	324
BIBLIOGRAPHIE	333
TABLE DES ARTICLES	337
TABLE DES MATIÈRES	340

